This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

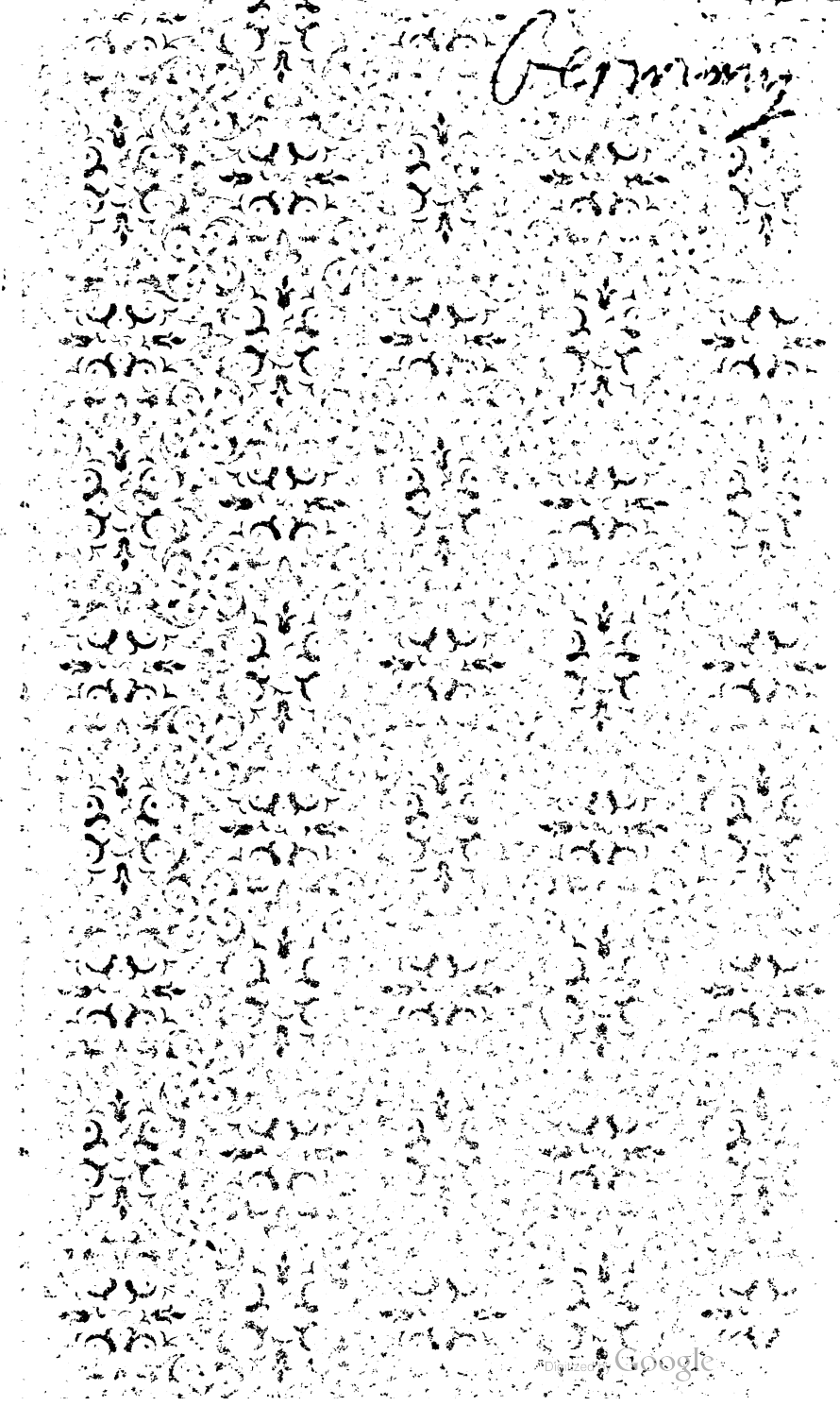
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY.

Received June 6, 1902.

Digitized by Google



Digitized by Google

ADVOCAT
Dr LEHMANN
DRESDEN

Vergleichende Ueberſicht

des

heutigen

Römiſchen und Preußiſchen

gemeinen

Privatrechts.

Von

C. C. C. Hierſemenzel.

Erſter Theil.

Berlin, 1852.

Verlag von Guſtav Hempel.

GEN.
910.0
HIE

Digitized by Google

Rec. June 6, 1902.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite

Begriff und Eintheilung des Rechts 1

Uebersicht und kurze Geschichte der Rechtsquellen:

A. Quellen des römischen Rechts 4

B. Quellen des gemeinen Rechts 14

C. Quellen des preußischen Rechts 17

Zur Einleitung des Allgemeinen Landrechts

1) Gesetzliches (promulgirtes) Recht 25

A. Promulgation (Abfassung) 25

B. Publikation 27

C. Arten der Gesetze 29

D. Rechtsirrthum 30

2) Gewohnheitsrecht (jus longa consuetudine introductum) 32

3) Wissenschaftliches oder s. g. Juristenrecht 36

Von der Anwendung der Gesetze:

A. In Ansehung der Zeit 38

B. In Ansehung der Personen 43

Von der Auslegung der Gesetze 56

Von der Aufhebung der Gesetze 62

Von den Privilegien im engern Sinne:

A. Begriff und Eintheilung derselben 63

B. Entstehung der Privilegien 64

C. Wirkungen der Privilegien 64

D. Collision der Privilegien 65

E Auslegung der Privilegien 66

F. Uebergang der Privilegien 66

G. Aufhören der Privilegien 67

Von den Rechten (im subjectiven Sinne):

A. Allgemeine Eintheilung und Entstehungsgründe . 69

B. Ausübung der Rechte 72

C. Nothstand, Nothwehr, Selbsthülfe 73

D. Collision der Rechte 75

E. Uebertragung der Rechte 76

F. Verlust der Rechte 76

Digitized by Google

Seite

Zum ersten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts

Persona, Rechtsfähigkeit 77
Einschränkungen der Rechtsfähigkeit 79
Einschränkung der Rechtsfähigkeit als Folge der Ehrenschmälerung 84
Einschränkung der Rechtsfähigkeit durch Religion . . . 88
Von der Handlungsfähigkeit. Auf dieselbe ist von Einfluß:
1. Das Geschlecht 90
2. Das Alter 91
3. Geistige und körperliche Zustände 97
4. Manche Strafen 100
Aufhebung der Rechtsfähigkeit 101
Von der Verwandtschaft und Schwägerschaft 105

Zum zweiten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts

Von den Sachen.
1. Begriff von Sachen 108
2. Eintheilung der Sachen 109
A. Res in commercio und extra commercium. 109
B. Bewegliche und unbewegliche Sachen . . 112
C. Res unitae und connexae; res singulae und universitates rerum 115
D. Theilbare und untheilbare Sachen . . . 116
E. Hauptsachen und Nebensachen 117
F. Schätzbare und unschätzbare Sachen . . . 122
G. Genus und species; res fungibiles et non fungibiles 123
H. Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen . 123
Persönliche und dingliche Rechte 124

Zum dritten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts

Von Handlungen. Lehre von der Culpa 126
Vom Umfange des Schadensersatzes 138
Von der Schätzung des Interesses 147
Der Würderungseid (juramentum in litem) . . 149
Von der Zeit 153

Zum vierten Titel des I. Theils des allgemeinen Landrechts 162

Von Willenserklärungen.
I. Der Wille selbst. Freiheit des Willens, Hindernisse der Freiheit:
A. Zwang oder Furcht (vis oder metus) . 162
B. Irrthum (error) 164

Digitized by Google

Seite

C. Betrug (dolus) 170
D. Affect 173
II. Erklärung des Willens 175
III. Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung . 177

Von Bedingungen.

1. Begriff 178
2. Arten der Bedingungen 180
3. Erfüllung der Bedingungen 181
4. Wirkung der Bedingungen.
A. Der Suspensiv-Bedingungen . . . 185
B. Der Resolutiv-Bedingungen 187
5. Von den Geschäften, welchen keine Bedingungen beigefügt werden dürfen 188
6. Von uneigentlichen Bedingungen 189
7. Unerlaubte Bedingungen 191

Von der Zweckbestimmung (modus) 192
Von Zeitbestimmungen 197

Zum fünften Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts

Begriff und Hauptarten der Obligationen 199
Der Vertrag 202
Klassifikation der Verträge 203
Erfordernisse der Verträge 209
1. In Ansehung der Subjecte 209
2. In Ansehung des Gegenstandes 214
3. In Ansehung der Form 226
Von der Acceptation 232
Verbesserungen und Zusätze 234

(Die Fortsetzung der im 5. Titel des I. Theils des Allg. Land-Rechts abgehandelten Lehren folgt im 2ten Theil dieses Werkes.)

Digitized by Google

Digitized by Google

Begriff und Eintheilungen des Rechts.

Unter Recht im objectiven Sinne versteht man die Regeln, durch welche die Grenzen der äußeren Freiheit der Menschen in ihren gegenseitigen Verhältnissen bestimmt werden; unter Recht im subjectiven Sinne das den Regeln dieser Art entsprechende Vermögen zu äußeren Handlungen. [1]) Nach seinen Hauptbeziehungen theilt man das Recht in öffentliches (jus publicum, quod ad statum reipublicae spectat), welches den Umfang der rechtlichen Interessen des gemeinen Wesens nach Außen und Innen bestimmt, und in Privatrecht (jus civile, jus privatum), welches diejenigen Rechtswahrheiten begreift, die sich auf die Rechtsverhältnisse der Unterthanen unter sich als Einzelne beziehen. [2]) Wir haben es hier nur mit dem Privatrecht zu thun.

A. In Ansehung ihrer inneren Verbindungskraft an sich werden jene Regeln, welche das Recht im objektiven Sinne ausmachen (Gesetze im weitesten Verstande), eingetheilt in absolute und vermittelnde [3]). Erstere, welche auch unbedingte oder Zwangsgesetze, jus cogens, genannt werden, sind von jeder individuellen Willkür unabhängig und ihre Nichtbeachtung bei einem Rechtsgeschäft erzeugt in der Regel Nullität. Die vermittelnden Gesetze, welche auch subsidiarische, jus dispositivum, heißen, lassen zunächst dem individuellen Willen freie Macht und treten nur, wo dieser unterlassen hat, seine Macht auszuüben, an seine Stelle, um dem Rechtsverhältniß die nöthige Bestimmtheit zu geben. Sie sind daher lediglich als Ergänzung oder Auslegung des Privatwillens zu betrachten [4]). Eine Eintheilung in gebietende, verbietende und erlaubende Gesetze wird von v. Savigny

---

[1]) v. Holzschuher Theorie u. Casuistik des gem. Civilrechts. Leipz. 1843. Bd. 1. p. 2.

[2]) v. Holzschuher Theorie ꝛc. Bd. 1. p. 3.

[3]) v. Savigny System des heutigen röm. Rechts. Berlin 1840. Bd. 1. p. 57 sq.

[4]) v. Savigny System ꝛc. Bd. 1. p. 57 sq.

Digitized by Google

mit Recht gerügt[1]). — Die Römer hießen leges perfectae solche, deren sanctio den gegen sie geschehenen Act für nichtig erklärte. Unter sanctio legis ist hier aber derjenige Theil des Gesetzes zu verstehen, wodurch der Verletzung desselben vorgesehen wird[2]). Lex minus quam perfecta hieß ein Gesetz, dessen Vernachlässigung keine Nichtigkeit, sondern nur Strafe zur Folge hatte[3]) und lex imperfecta (hier fehlte die sanctio) wurde ein Gesetz genannt, welches eine Handlung zwar verbot oder eine erschwerende Form für sie vorschrieb, im Falle der Zuwiderhandlung indessen weder eine Strafe verhängte, noch eine Zurückforderung dessen gestattete, was einmal geleistet war.[4]) Die leges imperfectae stehen zwischen den absoluten und vermittelnden Gesetzen mitten inne, während die perfectae und minus quam perfectae zu den absoluten gehören. Theodosius II. und Valentinian III. bestimmten, daß jedes Prohibitivgesetz, auch wenn die sanctio fehle, für eine lex perfecta gelten solle. l. 5. C. 1, 14.

B. Nach seinem innern Charakter zerfällt das Recht in jus commune und singulare (Privilegium im weiteren Sinne). v. Savigny nennt Ersteres das regelmäßige, Letzteres das anomalische[5]). Während das jus commune (beruhend auf dem Grundsatze: jura non in singulas personas sed generabiliter constituuntur l. 8 D 1, 3.) die allgemeine Regel ausspricht, enthält das jus singulare (das auf einem andern als dem reinen Rechtsgebiete (z. B. dem der Politik) entsprungen ist) eine Ausnahme von der strengen Rechtsregel. Diese Ausnahme kann für die Betroffenen vortheilhaft oder nachtheilig sein; im ersteren Falle wird sie auch beneficium genannt. Von dem mit jus singulare gleich bedeutenden privilegium im weiteren Sinne unterscheidet sich das privilegium im engeren Sinne dadurch, daß Ersteres selbst ein Rechtssatz ist und daher eine Vorschrift für eine Gattung von Fällen enthält, Letzteres dagegen sich als eine Ausnahme vom Recht überhaupt darstellt, die nur für eine individuell bestimmte Person oder Sache, nicht aber auch für andere, wenn schon in gleicher Lage befindliche Personen oder Sachen gilt.[6]) In unseren röm. Rechtsquellen werden die Privi-

---

[1]) v. Savigny System ꝛc. Bd. 1. p. 58.

[2]) Puchta Cursus der Institutionen 3te Auflage besorgt von Rudorf. Leipz. 1850. Bd. 1. p. 289 sq.

[3]) Ulpian, Fr. 1 §. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem facit.

[4]) Ulpian, Fr. 1 §. 1. Imperfecta lex est velut Cincia, quae supra certum modum donari prohibet et si plus donatum sit, non rescindit.

[5]) v. Savigny System ꝛc. Bd. 1. p. 61 sq.

[6]) Puchta Cursus Bd. 1. p. 92.

Digitized by Google

legien im engeren Sinne bald personales constitutiones, bald privata privilegia genannt oder umschrieben.[1])

C. Nach dem Umfange des Gebiets, über welches sich die Herrschaft des Rechts erstreckt, unterscheidet man ein jus generale (auch universale genannt) und ein jus particulare, je nachdem das Recht für das ganze Staatsgebiet oder nur für einen besondern District im Staate gilt. Der Ausdruck „gemeines Recht" wird besonders für dasjenige Recht gebraucht, welches nicht wieder eine höhere Gattung über sich hat. Unter Statuten versteht man Satzungen, welche bloß für eine bestimmte Gemeinde, Corporation u. s. w. Geltung haben. In einer zweiten Bedeutung wird das jus generale auch dem jus speciale entgegengesetzt, welches nicht die allgemeinen, sondern gewisse besondere Rechtsverhältnisse zum Ziele hat.

D. Nach seiner Entstehungsart zerfällt das Recht in jus legitimum (gesetzliches oder promulgirtes), welches auf ausdrücklicher Willenserklärung der gesetzgebenden Gewalt beruht, jus longa consuetudine introductum (consuetudinis jus, Gewohnheitsrecht), welches unmittelbar aus dem Volksbewußtsein geflossen und durch Uebung erkennbar geworden ist, und Juristenrecht (wissenschaftliches Recht), welches in der wissenschaftlichen Ueberzeugung und Uebung der Juristen seinen unmittelbaren Grund hat.

E. Nach einem anderen Momente der Rechtsentstehung unterscheidet man jus scriptum und jus non scriptum. Die Römer verstanden unter jus scriptum das schriftlich abgefaßte und dadurch verbindende Recht, unter jus non scriptum dasjenige, welches zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Aufzeichnung nicht wesentlich bedurfte, mochte es schriftlich sein oder nicht. Zum jus scriptum rechneten sie: leges, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, prudentum responsa; zum jus non scriptum vorzüglich das Gewohnheitsrecht.[2]) In der preußischen Rechtswissenschaft versteht man unter geschriebenem Rechte nur dasjenige, welches auf Urkunden beruht, die von der höchsten Staatsgewalt ausgegangen sind; alles Andere sieht man als nicht geschriebenes Recht an.

F. Die Römer machten auch einen Unterschied zwischen jus civile und jus gentium, so wie zwischen dem Ersteren und jus honorarium. Das jus civile, welches in sehr verschiedenen Bedeutungen vorkommt, ist in diesen Gegensätzen das vor-

[1]) v. Savigny System Bd. 1. p. 66. Siehe auch die daselbst angeführten Stellen.

[2]) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts. 4. Aufl. Herausgegeben von v. Madai. Halle 1844 Th. I. §. 32.

Digitized by Google

nämlich auf dem Zwölftafelgeſetz beruhende, durch Volksſchlüſſe und die interpretatio der Rechtskundigen fortentwickelte, alte, ſpecifiſch römiſche Recht. Seine Quellen: leges, populiscita und plebiscita, senatus consulta, auctoritas prudentum. Unter jus gentium verſteht man einmal das allgemeine Peregrinenrecht, nach welchem die Römer die Rechtsverhältniſſe von Perſonen, auf die das jus civile keine Anwendung fand, beurtheilten, und das emporgewachſen iſt auf der Grundlage wirklicher, wiewohl durch römiſche Auffaſſung mannigfach modificirter Peregrinenrechte, und zum Andern: von den individuellen Volksanſichten befreites römiſches Recht. Seine Quellen: die Praxis der Recuperatoren- oder Peregrinengerichte, die prätoriſchen Edicte. Mit jus honorarium bezeichnet man dasjenige Recht, welches den Inhalt der edicta perpetua bildete. Der Gegenſatz zwiſchen jus civile und jus honorarium bezieht ſich ſomit auf die Organe, in welchen das Recht zum Daſein kam, der von jus civile und jus gentium auf den innern Character des Rechts und den Umfang ſeiner Anwendung; doch fallen jus honorarium und jus gentium auch nicht äußerlich völlig zuſammen.

Ueberſicht und kurze Geſchichte der Rechtsquellen.

A. Quellen des römiſchen Rechts.

Wir begegnen zuerſt den leges regiae, Geſetzen aus der Königszeit, welche von der Mythe faſt ſämmtlich dem Romulus oder Numa zugeſchrieben werden. Eine Sammlung derſelben war das jus Papirianum, angeblich von dem zur Zeit des Tarquinius Superbus lebenden Pontifex maximus Papirius verfaßt. Es iſt verloren gegangen. — Das älteſte Organ der eigentlichen Geſetzgebung waren die Curiatcomitien, Verſammlungen, in denen nur das Patrizierthum Vertretung fand. Neben ihnen führte Servius Tullius die Centuriatcomitien ein, auf die in der Folge die legislative Gewalt faſt ausſchließlich überging. In ihnen ſtimmte das geſammte in 5 (nach Dionys in 6) Vermögensklaſſen getheilte Volk nach Centurien, die Unterabtheilungen dieſer Vermögensklaſſen waren. Aber auch die Centuriatcomitien machten ſpäter wieder einem andern legislativen Organe Platz, den Tributcomitien. Mit dieſen hat es folgende Bewandniß:

Digitized by Google

Wahrscheinlich hatte sich die Plebs schon vor Servius Tullius durch Autonomie eine corporative Einrichtung gegeben, welche von Servius Tullius bloß in eine gesetzliche umgewandelt wurde. Die ihm zugeschriebene Eintheilung der Plebs in Tribus erfolgte nach der Oertlichkeit und umfaßte vermuthlich das ganze Territorium, so daß auch die Patrizier in die Tribus gehörten, wenn sie es gleich verschmähten, sich in den Tributcomitien als Plebejer zu geriren und deßhalb wegblieben. So waren denn die Tributcomitien anfangs reinplebejische Versammlungen zu friedlichen Zwecken und insbesondere wohl zur Berathung reinplebejischer Angelegenheiten.

Im Jahre 471 a. Chr. erhielten die Tributcomitien auf des Tribunen Publilius Volero Vorschlag die Befugniß, nicht bloß über plebejische, sondern auch über alle öffentlichen Angelegenheiten zu beschließen; doch bedurften ihre Beschlüsse, plebiscita, wie früher der Bestätigung des Senats und der Centuriatcomitien. Nach der zweiten secessio der Plebs wurde durch die lex Valeria oder Horatia zwar angeordnet: „ut, quod plebs tributim jussisset, populum teneret.“ Hierdurch scheint jedoch etwas Neues nicht festgesetzt worden zu sein; gewichtige Autoritäten legen vielmehr dieser lex nur den Sinn bei, daß durch sie die seit Einführung des Decemvirats suspendirten Tributcomitien wieder ins Leben gerufen worden seien. „Wäre, sagt Puchta,[1]) etwas Neues darin festgesetzt worden, so würde es die Bestätigung der Plebiscite durch die Centurien betroffen haben. Beseitigt aber ist diese Bestätigung schwerlich schon damals worden, wenigstens nicht für alle Fälle der Gesetzgebung. Das aber scheint gewiß, daß von hier an die Patrizier wirklich an den Tributcomitien Theil nahmen und damit diese anfingen, allmählich den Character einer bloßen Standesversammlung factisch zu verlieren.“ Im Jahre 339 a. Chr. verordneten zwei leges Publiliae: „ut plebiscita omnes Quirites tenerent, — ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent.“ Hierdurch ist wahrscheinlich die Befreiung der Plebiscite von der Bestätigung der Centuriatcomitien, aber nicht von der Bestätigung durch den Senat ausgesprochen. Doch war die auctoritas senatus etwas Nachfolgendes, während sie den Centuriatbeschlüssen vorausgehen mußte. Nach der dritten und letzten secessio plebis auf das Graniculum wurde die lex Hortensia (287 a. Chr.) gegeben: „ut eo jure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur.“ Sie schaffte auch die Bestätigung der Plebiscite durch den Senat ab. Schon seit den Publilischen Gesetzen

[1]) Puchta Cursus ꝛc. Bd. 1. p. 198.

Digitized by Google

vom J. 339 wurden für die eigentliche Gesetzgebung die Tributcomitien gebraucht. Den Centuriatcomitien lag jetzt, obgleich ihnen die legislative Thätigkeit nicht gänzlich entzogen war, nur noch die Beschlußfassung über Krieg und Frieden und die Wahl der höhern Magistrate ob. Den Curiatcomitien ist das Recht selbstständiger Beschlüsse zwar nicht ausdrücklich genommen worden, doch ward ihre Funktion allmählig zu einer bloß formalen. Zu Livius Zeiten waren die Centurien anscheinend Theile der Tribus geworden.[1]) — Der Umstand, daß anfangs die Rechtspflege rein in den Händen der Patrizier war, so wie manche andere Uebel hatten zu Anfang des 4ten Jahrhunderts p. u. c. den Wunsch nach einer schriftlichen Aufzeichnung des Rechts hervorgerufen, auf die der Tribun Terentillus Arsa 462 a. Chr. drang. 454 gaben die Patrizier endlich nach. So wurden denn die Zwölftafelgesetze durch die decemviri legibus scribundis abgefaßt. Die Fortbildung dieses Rechtsbuchs erfolgte:

1) Durch leges (Volksbeschlüsse), worunter man sowohl eigentliche leges, populiscita, Beschlüsse der Curiat- und Centuriatcomitien, als auch plebiscita, Beschlüsse der Tributcomitien, versteht. Die lex wurde in Vorschlag und in die Comitien gebracht von einem Magistrat, der die Versammlung zu diesem Zwecke hielt: vor die Tributcomitien durch einen oder mehrere Tribuni plebis, vor die Centuriatcomitien nur durch höhere Magistrate. Nach denen, die es vorschlugen, wurde das Gesetz genannt.[2]) Noch unter Augustus und den nachfolgenden Kaisern wurden auf Instanz dieser Kaiser leges in der herkömmlichen Weise durch die Volksversammlungen beschlossen, aber schon in der zweiten Hälfte des 1ten Jahrhunderts nach Christus werden Volksbeschlüsse immer seltener, und nach Nerva kommt kein Beispiel einer lex mehr vor. —

2) Durch Senatusconsulta. Ursprünglich ging nur die Initiative zu Curiat- und Centuriatgesetzen vom Senate aus und eine Zeit lang stand ihm rücksichtlich der Plebiscite, wie wir bereits gesehen haben, ein Bestätigungsrecht zu. Die Beschlüsse des Senats waren noch keine Gesetze, wurden vielmehr als bloße Verordnungen und Instructionen an die Magistrate betrachtet.

---

[1]) Puchta Cursus Bd. 1. p. 225.

[2]) Legem ferre bezeichnet den Inbegriff aller Handlungen, durch die ein Gesetzvorschlag an das Volk gebracht wurde, legem rogare die solenne Formel, mit welcher der Magistrat das zur Entscheidung versammelte Volk zu dieser aufforderte („velitis jubeatis hoc, Quirites, rogo“.) Promulgatio legis heißt in der in Rede stehenden Epoche die Bekanntmachung des Gesetzvorschlags, welche nach der lex Caecilia et Didia an drei den Comitien vorhergehenden Markttagen erfolgen mußte, um das Volk im Voraus gehörig zu informiren. Später hat promulgatio eine andere Bedeutung. (Cf. unten den Abschnitt über gesetzliches Recht.)

Digitized by Google

Allmählig verstärkte sich jedoch ihre Kraft und die Grenzen bloßer Administrativmaaßregeln wurden nicht selten vom Senate überschritten. Unter den ersten Principes kommt noch sehr häufig die Theilnahme des Senats an der Gesetzgebung in der alten Form eines Vorbeschlusses für eine Rogation an das Volk vor. Schon unter Augustus blieb man indessen zuweilen bei dem Senatusconsultum stehen. Dies wurde unter seinen Nachfolgern immer häufiger, bis endlich die Rogation an das Volk ganz unterblieb, und die Senatusconsulta völlig an die Stelle der leges traten, deren Namen sogar auf sie übertragen wurde. Die völlige Gleichstellung derselben drückt sich insbesondere darin aus, daß man nun auch die Senatusconsulta nach dem, der sie in Vorschlag gebracht hatte, benannte. Sie sind übrigens nur Gesetze, welche die Principes in dieser Form zu geben sich veranlaßt sahen. Der Anstoß ging vom Princeps aus, der seinen Willen dem Senat in verschiedenen Formen kund gab. Die solenneste dieser Formen war die Oratio Principis, die aber auch von einem Andern abgelesen werden konnte. Auf diesen Vortrag folgte dann erst der Antrag des Magistrats, welcher den Senat hielt. Die meisten, das Civilrecht betreffenden Senatsgesetze fallen in die Zeiten von Claudius bis Septimius Severus; nach diesem Princeps (211) kommt kein solches mehr vor.

3) Durch die auctoritas prudentum. Prudentes, periti, jurisconsulti waren angesehene Männer, die sich damit beschäftigten, durch ihre größere Rechtskenntniß nicht bloß die einzelnen Bürger, sondern auch die Magistrate zu unterstützen. Die vornehmste ihrer Beschäftigungen war das Respondiren (respondere), d. h. die Ertheilung rechtlicher Gutachten und rechtlichen Rathes auf vorgelegte Fragen. Dies geschah anfangs bloß für die, welche in irgend einem näheren Verhältniß der Freundschaft, Verwandtschaft, Clientel u. s. w. zu dem Rechtskundigen standen; nachher kam es auf, daß man sich für jeden Bürger zugänglich machte; dies hieß juris civilis scientiam publice profiteri. Der Rechtskundige erschien selbst mit der Partei vor Gericht; die responsa wurden mündlich abgegeben. Durch die Abgabe entgegengesetzter responsa entstand die disputatio fori. Die responsa hatten für die Richter nur eine moralische Kraft. — Der Rath der Rechtskundigen betraf auch die Art und Weise, wie ein Recht zweckmäßig geltend gemacht, ein Rechtsgeschäft vorsichtig und mit den nöthigen Sicherungsmitteln abgeschlossen werden sollte. Solchen Rath ertheilen nannte man cavere. Endlich nahmen die Rechtskundigen auch wohl an der Ausführung ihres Rathes Theil, indem sie bei der Abschließung des Geschäfts oder der Führung des Processes thätig waren; zu diesem agere gehörte namentlich die Unterstützung der Redner, patroni causarum, welche

Digitized by Google

die Sache der Partei vor Gericht vertheidigten und denen sie die rechtlichen Gründe an die Hand gaben. Auch die schriftliche Abfassung der Rechtsgeschäfte pflegten die Rechtskundigen durch ihre Schreiber zu besorgen; hierauf bezog sich der Ausdruck scribere. Die practische Thätigkeit der prudentes zerfiel hiernach in 4 Bestandtheile: respondere, cavere, agere et scribere. — Die prudentes unterscheiden sich von den übrigen Bürgern vornämlich durch eine genaue Kenntniß der solennen Formeln, welche die Begleiter eines jeden Acts des jus civile und so auch der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte waren, und von deren genauer Beobachtung und richtiger Anwendung die Gültigkeit und der Erfolg der rechtlichen Handlungen abhing. So waren legis actiones Handlungen, mit welchen das gerichtliche Verfahren eröffnet und in denen der Anspruch des Klägers mit Gesetzesworten ausgedrückt werden mußte. Die prudentes übten nur insofern Einfluß auf das Civilrecht aus, als sie durch interpretatio desselben zur Erweiterung der legis actiones beitrugen. Eine solche erweiterte legis actio nannte man später actio utilis.[1] — Augustus verlieh das jus respondendi an einzelne Juristen und ordnete an, daß die responsa, die unter seiner Autorität gegeben wurden, schriftlich und versiegelt ertheilt werden sollten, um einer Verfälschung vorzubeugen. Bei jener Verleihung des jus respondendi blieben auch die folgenden Imperatoren stehen. Der Richter mußte dem auctoritate Principis ertheilten responsum gemäß erkennen; lagen ihm widersprechende responsa vor, so hatte er die Wahl, welchem er den Vorzug geben wollte. Die Juristen, denen das jus resp. verliehen war, wurden juris auctores genannt, die Juristen der ältern Zeit veteris juris auctores. Allmählig hörten jedoch die privilegirten Gutachten auf, ohne daß sich hierfür ein bestimmter Zeitpunkt angeben läßt.[2] (Nach Mühlenbruchs Ansicht[3] schaffte Constantin der Große durch l. 1. C. 1, 14 das Respondiren der Juristen ab.) Dagegen wuchs in hohem Grade das Ansehen der ältern juristischen Schriften, auf die man sich in ähnlicher Art wie auf responsa zu berufen anfing. Schon Constantin der Große scheint einzelne Regeln für dies Verfahren aufgestellt zu haben. Allein eine erschöpfende Vorschrift enthielt erst das s. g. Citirgesetz, eine Constitution, die man gewöhnlich Valentinian III. zuschreibt. Dasselbe bestimmte: man solle zunächst

---

[1]) Die zwölf Tafeln gaben zum Beispiel eine Klage gegen den Eigenthümer eines vierfüßigen Thieres, durch welches ein Schaden angerichtet worden war. Diese Klage wurde nachher auch auf den Fall ausgedehnt, wo ein zweifüßiges Thier Schaden angerichtet hatte.

[2]) von Savigny System Bd. 1. p. 156.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. §. 8.

Digitized by Google

zwar nur auf Papinian, Paulus, Gajus, Ulpianus und Modestinus, aber auch auf die von diesen in Bezug genommenen Stellen aus andern Juristen sich berufen dürfen; bei einer Meinungsverschiedenheit solle die Mehrheit entscheiden und bei Stimmengleichheit Papinian den Ausschlag geben; nur wenn bei diesem sich nichts über den Gegenstand finde, solle der Richter unter den verschiedenen Meinungen freie Wahl haben. Wir erwähnen noch zweier juristischen Schulen, welche sich in der ersten Kaiserzeit bildeten: der Sabinianer auch Cassianer, deren Urheber Atejus Capito war, die aber nach Massurius Sabinus oder Cassius Longinus genannt wurden, und die Proculejaner, an deren Spitze Antistius Labeo stand; ihren Namen hatten sie vom Juristen Proculus.

4) Durch die edicta magistratuum (die Edicte der Consuln, Aedilen und vor allen der Prätoren). Die der Letztern zerfallen in solche, welche eine Regel aufstellen, und zweitens solche, die bloß einen individuellen Fall betreffen (edicta repentina). Die ersteren theilt man wieder a. in edicta perpetua, solche, die der Prätor regelmäßig bei seinem Amtsantritt erließ, und in denen er die Grundsätze bekannt machte, nach denen er sein Amt zu handhaben gedachte; b. in edicta, die durch besondere Umstände veranlaßt waren. Edictum tralaticium hieß der von einem Edict auf das andere überlieferte Abschnitt desselben. Die lex Cornelia (67 a. Chr. n.) gebot den Prätoren nach ihren edicta perpetua Recht zu sprechen, verbot also, die Bestimmungen dieser Edicte nachträglich durch die zu b. erwähnten abzuändern oder zu erweitern. Den Inhalt der edicta perpetua bildete das jus Praetorium. Unter Augustus und seinen nächsten Nachfolgern, setzte sich der Gebrauch des Edicirens unverändert fort. Der Praetor urbanus erließ beim Antritt seines Amts sein edictum perpetuum, ebenso der Practor peregrinus, ferner die Aedilen, in den Provinzen des Volkes die Proconsuln und Quästoren und die praesides in den Provinzen des Princeps, natürlich unter Einfluß desselben. Wahrscheinlich unter Hadrian (von 117—138) und zwar auf dessen Anordnung hörten die magistratus auf, neue edicta perpetua zu erlassen; aus den bisherigen Edicten wurde von dem Juristen Julianus ein edictum perpetuum zusammengestellt, welches, durch ein Senatusc. bestätigt, für alle folgenden Prätoren, Aedilen ꝛc. verbindliche Kraft hatte und durch sie nicht mehr abgeändert werden konnte.

5) Durch die constitutiones Principum. Durch die jedesmalige lex regia wurde dem Kaiser die Befugniß gegeben, alle von ihm für angemessen erachteten Anordnungen in Gegenständen des öffentlichen und Privatinteresses zu treffen. Seine

Digitized by Google

Verordnungen, constitutiones genannt, sollten auch für die anderen Magistrate legis vicem haben; sie zerfallen anfangs in:

a. orationes. Dies waren ursprünglich Vorbereitungen für die durch den Senat zu beschließenden Gesetze, wurden jedoch bald an sich schon als Gesetze betrachtet und später von den Juristen häufig statt der Senatusconsulte citirt. Zuletzt war oratio ein dem Senat angekündigtes Gesetz des Kaisers.

b. edicta, Verfügungen, welche der Kaiser vermöge der ihm zustehenden Jurisdiction erließ.

c. mandata, durch die der Princeps seine Jurisdiction andern Behörden, den Praefecti urbi oder praetorio und vor Allem seinen Legati auftrug, die er in seine Provinzen sandte. Die Mandate pflegten dann auch Anweisungen über die Verwaltung der Jurisdiction und daher Rechtsvorschriften, die der Beauftragte befolgen sollte, zu enthalten.

d. decreta, d. h. Erlasse, durch die der Kaiser einen supplicando vor ihn gebrachten Rechtsstreit nach vorgenommener Untersuchung entschied.

e. rescripta. Dies waren entweder Antwortschreiben, welche auf einseitigen Parteivortrag eine unter der stillschweigenden Bedingung: „si preces veritate nitantur" ertheilte Prozeßentscheidung enthielten, wobei dann die Untersuchung der Thatsachen und die dem Rescript gemäß einzurichtende Entscheidung einer anderen Behörde überlassen blieb, oder sie waren Antwortschreiben, die eine bloße Rechtsbelehrung enthielten. Rescripte in Form selbstständiger Antwortschreiben hießen epistolae; die unter die Bittschrift gesetzten wurden subscriptiones, die in feierlicher Ausfertigung ertheilten pragmaticae sanctiones genannt. Die erste Form wurde stets bei Rescripten an anfragende Behörden, die zweite gewöhnlich an Privatpersonen gebraucht. Gegen die durch unwahre Darstellung erschlichenen Rescripte stand der verletzten Partei die praescriptio mendaciorum zu, welche entweder eine exceptio subreptionis war, wenn der Ertrahent des Rescripts unwahre Thatsachen vorgebracht, oder eine exceptio obreptionis, wenn der Ertrahent wahre Thatsachen verschwiegen hatte. Ueber die Frage, in welcher Weise bei einer solchen exceptio die Beweislast zu reguliren war, sind die Ansichten der Rechtslehrer verschieden; die richtige ist wohl die, daß die Beweislast so regulirt werden mußte, als wäre das Rescript gar nicht vorhanden gewesen.[1])

Unter den späteren Kaisern kamen nur noch folgende Arten von constitutiones vor:

---

[1]) Puchta Pandecten. 5. Aufl. § 14a.

Digitized by Google

ADVOCAT
Dr LEHMANN
BRESLAU

a. edicta oder leges edictales, Gesetze, welche einen Rechtssatz feststellten. Sie waren entweder an das Volk (ad populum, ad omnes populos) oder an den Senat oder an die obersten Behörden des Reichs, welche sie an die untergeordneten Stellen weiter zu publiciren hatten, gerichtet.

b. decreta und c. rescripta in der alten Bedeutung. Niemand sollte jedoch auf die adnotationes sich beziehen dürfen, sondern nur auf besonders ausgefertigte Rescripte, die vom Kaiser mit dem sacrum encaustum, einer purpurnen Flüssigkeit, unterzeichnet waren. Arcadius und Honorius verboten 398 p. Chr. n. die weitere Anwendung aller Rescripte über den Fall hinaus, für welchen sie erlassen worden; Justinian schaffte das Rescribiren in Proceßsachen ganz ab und befahl den Richtern, nach ihrer eigenen Einsicht zu entscheiden. Dagegen erhielten die kaiserlichen Decrete, welche auf Vernehmung beider Parteien in feierlicher Gerichtssitzung erlassen waren, auch auf andere Fälle gleicher Art Anwendbarkeit.

An die kaiserlichen Constitutionen reihen sich gewissermaaßen als deren Anhang oder Surrogat die Edicte oder generales formae der Praefecti Praetorio. Schon Alexander Severus gab ihnen allgemein verbindliche Kraft, wenn sie den Gesetzen nicht widersprächen und so lange der Kaiser nicht anders verfügen würde. Cassiodor schreibt den Präfecten eine gleichsam gesetzgebende Gewalt zu. (Cassiodor. Var. VI. 3.)

Von den vor Justinian entstandenen Sammlungen des röm. Rechts mögen folgende Erwähnung finden:

a. Der codex Gregorianus, so genannt nach seinem sonst unbekannten Verfasser, enthält Constitutionen des Kaisers Diocletian und seiner Vorgänger (wahrscheinlich bis Hadrian). Seine Entstehung fällt wohl gegen Ende des dritten Jahrhunderts. [1])

b. Der codex Hermogenianus, wahrscheinlich aus der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts. [2])

c. Die s. g. Vatikanischen Fragmente, Bruchstücke einer Sammlung von Excerpten aus juristischen Schriften und von Constitutionen. Der Verfasser ist unbekannt; die Abfassung fällt zwischen 372—438. [3])

d. Der codex Theodosianus, eine Sammlung der Gesetze von Constantin an, welche, während der Regierung Theodosius II. und Valentinian III. unter öffentlicher Autorität veran-

---

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 654.
[2]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 655.
[3]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 659—662.

Digitized by Google

staltet, vom oströmischen Reiche ausging, aber sofort (438) auch im occidentalischen Reiche als Gesetzbuch recipirt wurde.[1])

e. Das edictum Theodorici (unter Theodorich, König der Ostgothen), dessen Publication in das Jahr 506 (nach Andern 500) zu setzen ist.[2])

f. Das s. g. breviarium Alaricianum, promulgirt 506 unter Alarich II., König der Westgothen.[3])

g. Die s. g. lex Romana Burgundionum (auch Papiniani responsa genannt) vom Jahre 517, ein Gesetzbuch für die Burgundischen Römer, promulgirt unter König Sigismund.[4])

Von ungleich größerer Wichtigkeit, als die bisher erwähnten Sammlungen, sind die unter Justinian veranstalteten Compilationen. Den Anfang machte die Constitutionensammlung, welche im Jahre 529 als codex Justinianeus promulgirt wurde. Demnächst erfolgte die Ausarbeitung der Institutionen und Pandecten. Erstere wurden zwar kurze Zeit vor den Pandecten (am 21. Nov. 533) publicirt, beide erhielten jedoch am 30. Dec. 533, also gleichzeitig, Gesetzeskraft. Die Institutionen, ein von Tribonian und den Professoren Theophilus und Dorotheus verfaßtes Lehrbuch, welches die Institutionen des Gajus und dessen res quotidianae zu seinen Grundlagen hat, sind in 4 Bücher getheilt, welche wieder in Titel zerfallen. Die Pandecten oder Digesten, welche von 17 Männern (theils Professoren, theils Practikern), an deren Spitze Tribonian stand, ausgearbeitet sind, enthalten Excerpte aus den Schriften von 39 Juristen (Ulpian, Paulus, Papinian, Julian, Scaevola, Pomponius, Gajus etc.). Sie zerfallen in 50 Bücher, diese wieder in Titel; außerdem ist das Ganze in 7 partes getheilt. — Hierauf wurde durch die fünf Männer Tribonian, Dorotheus, Menna, Constantinus und Johannes ein neuer Constitutionencodex (eine repetita praelectio codicis oder codex repetitae praelectionis) zu Stande gebracht, und unter Abschaffung der ersten Sammlung am 16. Nov. 534 als Gesetz promulgirt. Nach Vollendung dieser Sammlungen erließ Justinian eine Menge neuer Constitutionen (Novellen genannt) großentheils in griechischer Sprache, die aber nur von Privatpersonen gesammelt worden sind. Eine solche Privatsammlung liegt dem lateinischen Novellenauszug des Julianus (epitome novellarum) zum Grunde, welcher kurz vor Justinians Tode erschien. Das Ansehen der justinia-

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 663.
[2]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 677.
[3]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 672.
[4]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 675.

Digitized by Google

nischen Rechtsbücher erhielt sich Jahrhunderte hindurch im oströmischen Reiche; auch wurden dieselben vorzüglich vom Kaiser Basilius Macedo für das unter seinem Nachfolger Leo publicirte Gesetzbuch, die s. g. Basiliken, benutzt.[1]) — Nach Vertreibung der fremden Völker aus Italien wurde die Publication des justinianischen Rechts für diesen Theil des oströmischen Reichs erneuert; auch konnte es durch die bald darauf eindringenden Longobarden nicht verdrängt werden. Mit dem 12. Jahrhundert entstand in Bologna und von hier aus auch in anderen Orten eine Schule von Juristen, welche sich angelegen sein ließen, die einzelnen Theile der justinianischen Gesetzbücher zusammenzustellen und ihren Text mit erläuternden Anmerkungen (Glossen) zu versehen, eine Thätigkeit, der sie den Namen „Glossatoren" verdanken. Der erste von ihnen war Irnerius, der letzte Accursius († 1260), welcher aus sämmtlichen vorhandenen Glossen einen fortlaufenden Commentar zum Text, die Accursische Glosse genannt, zusammenstellte. — Der Thätigkeit der Glossatoren verdanken wir das „Corpus juris civilis", welches sie nach und nach aus den einzelnen Stücken des justinianischen Rechts zusammengesetzt haben. Die Digesten schieden sie in 3 Theile: das Digestum vetus, das Infortiatum und das Digestum novum. Der Grund dieser Eintheilung und Bezeichnung steht nicht fest.[2]) Die neun ersten Bücher des Codex — ausschließlich Codex genannt — trennten sie von den drei letzten, welche wahrscheinlich in den zuerst aufgefundenen Handschriften fehlten und den Namen „tres libri" erhielten. Statt des epitome Juliani wurde von den Glossatoren eine Sammlung von 134 vollständigen (nicht bloß epitomirten) Novellen in einer lateinischen Uebersetzung gebraucht. Diese Sammlung nannten sie „authenticum" oder „liber authenticorum". Die lateinische Uebersetzung erhielt später den Namen „versio vulgata" zur Unterscheidung von dem griechischen Texte einer seit dem 16. Jahrhunderte bekannten Sammlung von 168 Novellen. Die Glossatoren haben nur 97 Novellen glossirt und in 9 Collationen gebracht, denen sie 3 Collationen für unbrauchbar erklärter Novellen anreihten. Auch fertigten sie die s. g. authenticae, kurze Auszüge aus dem liber authenticus und den Gesetzen Friedrichs I. und Friedrichs II., und fügten sie denjenigen Stellen des Codex bei, welche durch die betreffende Novelle modifizirt sind. Die Auszüge aus den Gesetzen Friedrichs I. und II. pflegt man auch „authenticae Fridericianae" zu nennen.

---

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 706.
[2]) Puchta Institt. Bd. 1 p. 731.

Digitized by Google

nämlich auf dem Zwölftafelgesetz beruhende, durch Volksschlüsse und die interpretatio der Rechtskundigen fortentwickelte, alte, specifisch römische Recht. Seine Quellen: leges, populiscita und plebiscita, senatus consulta, auctoritas prudentum. Unter jus gentium versteht man einmal das allgemeine Peregrinenrecht, nach welchem die Römer die Rechtsverhältnisse von Personen, auf die das jus civile keine Anwendung fand, beurtheilten, und das emporgewachsen ist auf der Grundlage wirklicher, wiewohl durch römische Auffassung mannigfach modificirter Peregrinenrechte, und zum Andern: von den individuellen Volksansichten befreites römisches Recht. Seine Quellen: die Praxis der Recuperatoren- oder Peregrinengerichte, die prätorischen Edicte. Mit jus honorarium bezeichnet man dasjenige Recht, welches den Inhalt der edicta perpetua bildete. Der Gegensatz zwischen jus civile und jus honorarium bezieht sich somit auf die Organe, in welchen das Recht zum Dasein kam, der von jus civile und jus gentium auf den innern Character des Rechts und den Umfang seiner Anwendung; doch fallen jus honorarium und jus gentium auch nicht äußerlich völlig zusammen.

Uebersicht und kurze Geschichte der Rechtsquellen.

A. Quellen des römischen Rechts.

Wir begegnen zuerst den leges regiae, Gesetzen aus der Königszeit, welche von der Mythe fast sämmtlich dem Romulus oder Numa zugeschrieben werden. Eine Sammlung derselben war das jus Papirianum, angeblich von dem zur Zeit des Tarquinius Superbus lebenden Pontifex maximus Papirius verfaßt. Es ist verloren gegangen. — Das älteste Organ der eigentlichen Gesetzgebung waren die Curiatcomitien, Versammlungen, in denen nur das Patrizierthum Vertretung fand. Neben ihnen führte Servius Tullius die Centuriatcomitien ein, auf die in der Folge die legislative Gewalt fast ausschließlich überging. In ihnen stimmte das gesammte in 5 (nach Dionys in 6) Vermögensklassen getheilte Volk nach Centurien, die Unterabtheilungen dieser Vermögensklassen waren. Aber auch die Centuriatcomitien machten später wieder einem andern legislativen Organe Platz, den Tributcomitien. Mit diesen hat es folgende Bewandniß:

Digitized by Google

Wahrscheinlich hatte sich die Plebs schon vor Servius Tullius durch Autonomie eine corporative Einrichtung gegeben, welche von Servius Tullius bloß in eine gesetzliche umgewandelt wurde. Die ihm zugeschriebene Eintheilung der Plebs in Tribus erfolgte nach der Oertlichkeit und umfaßte vermuthlich das ganze Territorium, so daß auch die Patrizier in die Tribus gehörten, wenn sie es gleich verschmähten, sich in den Tributcomitien als Plebejer zu geriren und deßhalb wegblieben. So waren denn die Tributcomitien anfangs reinplebejische Versammlungen zu friedlichen Zwecken und insbesondere wohl zur Berathung reinplebejischer Angelegenheiten.

Im Jahre 471 a. Chr. erhielten die Tributcomitien auf des Tribunen Publilius Volero Vorschlag die Befugniß, nicht bloß über plebejische, sondern auch über alle öffentlichen Angelegenheiten zu beschließen; doch bedurften ihre Beschlüsse, plebiscita, wie früher der Bestätigung des Senats und der Centuriatcomitien. Nach der zweiten secessio der Plebs wurde durch die lex Valeria oder Horatia zwar angeordnet: „ut, quod plebs tributim jussisset, populum teneret.“ Hierdurch scheint jedoch etwas Neues nicht festgesetzt worden zu sein; gewichtige Autoritäten legen vielmehr dieser lex nur den Sinn bei, daß durch sie die seit Einführung des Decemvirats suspendirten Tributcomitien wieder ins Leben gerufen worden seien. „Wäre, sagt Puchta,[1]) etwas Neues darin festgesetzt worden, so würde es die Bestätigung der Plebiscite durch die Centurien betroffen haben. Beseitigt aber ist diese Bestätigung schwerlich schon damals worden, wenigstens nicht für alle Fälle der Gesetzgebung. Das aber scheint gewiß, daß von hier an die Patrizier wirklich an den Tributcomitien Theil nahmen und damit diese anfingen, allmählich den Character einer bloßen Standesversammlung factisch zu verlieren.“ Im Jahre 339 a. Chr. verordneten zwei leges Publiliae: „ut plebiscita omnes Quirites tenerent, — ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent.“ Hierdurch ist wahrscheinlich die Befreiung der Plebiscite von der Bestätigung der Centuriatcomitien, aber nicht von der Bestätigung durch den Senat ausgesprochen. Doch war die auctoritas senatus etwas Nachfolgendes, während sie den Centuriatbeschlüssen vorausgehen mußte. Nach der dritten und letzten secessio plebis auf das Graniculum wurde die lex Hortensia (287 a. Chr.) gegeben: „ut eo jure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur.“ Sie schaffte auch die Bestätigung der Plebiscite durch den Senat ab. Schon seit den Publilischen Gesetzen

[1]) Puchta Cursus ꝛc. Bd. 1. p. 198.

Digitized by Google

vom J. 339 wurden für die eigentliche Gesetzgebung die Tributcomitien gebraucht. Den Centuriatcomitien lag jetzt, obgleich ihnen die legislative Thätigkeit nicht gänzlich entzogen war, nur noch die Beschlußfassung über Krieg und Frieden und die Wahl der höhern Magistrate ob. Den Curiatcomitien ist das Recht selbstständiger Beschlüsse zwar nicht ausdrücklich genommen worden, doch ward ihre Funktion allmählig zu einer bloß formalen. Zu Livius Zeiten waren die Centurien anscheinend Theile der Tribus geworden.[1]) — Der Umstand, daß anfangs die Rechtspflege rein in den Händen der Patrizier war, so wie manche andere Uebel hatten zu Anfang des 4ten Jahrhunderts p. u. c. den Wunsch nach einer schriftlichen Aufzeichnung des Rechts hervorgerufen, auf die der Tribun Terentillus Arsa 462 a. Chr. drang. 454 gaben die Patrizier endlich nach. So wurden denn die Zwölftafelgesetze durch die decemviri legibus scribundis abgefaßt. Die Fortbildung dieses Rechtsbuchs erfolgte:

1) Durch leges (Volksbeschlüsse), worunter man sowohl eigentliche leges, populiscita, Beschlüsse der Curiat- und Centuriatcomitien, als auch plebiscita, Beschlüsse der Tributcomitien, versteht. Die lex wurde in Vorschlag und in die Comitien gebracht von einem Magistrat, der die Versammlung zu diesem Zwecke hielt: vor die Tributcomitien durch einen oder mehrere Tribuni plebis, vor die Centuriatcomitien nur durch höhere Magistrate. Nach denen, die es vorschlugen, wurde das Gesetz genannt.[2]) Noch unter Augustus und den nachfolgenden Kaisern wurden auf Instanz dieser Kaiser leges in der herkömmlichen Weise durch die Volksversammlungen beschlossen, aber schon in der zweiten Hälfte des 1ten Jahrhunderts nach Christus werden Volksbeschlüsse immer seltener, und nach Nerva kommt kein Beispiel einer lex mehr vor. —

2) Durch Senatusconsulta. Ursprünglich ging nur die Initiative zu Curiat- und Centuriatgesetzen vom Senate aus und eine Zeit lang stand ihm rücksichtlich der Plebiscite, wie wir bereits gesehen haben, ein Bestätigungsrecht zu. Die Beschlüsse des Senats waren noch keine Gesetze, wurden vielmehr als bloße Verordnungen und Instructionen an die Magistrate betrachtet.

---

[1]) Puchta Cursus Bd. 1. p. 225.

[2]) Legem ferre bezeichnet den Inbegriff aller Handlungen, durch die ein Gesetzvorschlag an das Volk gebracht wurde, legem rogare die solenne Formel, mit welcher der Magistrat das zur Entscheidung versammelte Volk zu dieser aufforderte („velitis jubeatis hoc, Quirites, rogo“.) Promulgatio legis heißt in der in Rede stehenden Epoche die Bekanntmachung des Gesetzvorschlags, welche nach der lex Caecilia et Didia an drei den Comitien vorhergehenden Markttagen erfolgen mußte, um das Volk im Voraus gehörig zu informiren. Später hat promulgatio eine andere Bedeutung. (Cf. unten den Abschnitt über gesetzliches Recht.)

Digitized by Google

Allmählig verstärkte sich jedoch ihre Kraft und die Grenzen bloßer Administrativmaaßregeln wurden nicht selten vom Senate überschritten. Unter den ersten Principes kommt noch sehr häufig die Theilnahme des Senats an der Gesetzgebung in der alten Form eines Vorbeschlusses für eine Rogation an das Volk vor. Schon unter Augustus blieb man indessen zuweilen bei dem Senatusconsultum stehen. Dies wurde unter seinen Nachfolgern immer häufiger, bis endlich die Rogation an das Volk ganz unterblieb, und die Senatusconsulta völlig an die Stelle der leges traten, deren Namen sogar auf sie übertragen wurde. Die völlige Gleichstellung derselben drückt sich insbesondere darin aus, daß man nun auch die Senatusconsulta nach dem, der sie in Vorschlag gebracht hatte, benannte. Sie sind übrigens nur Gesetze, welche die Principes in dieser Form zu geben sich veranlaßt sahen. Der Anstoß ging vom Princeps aus, der seinen Willen dem Senat in verschiedenen Formen kund gab. Die solenneste dieser Formen war die Oratio Principis, die aber auch von einem Andern abgelesen werden konnte. Auf diesen Vortrag folgte dann erst der Antrag des Magistrats, welcher den Senat hielt. Die meisten, das Civilrecht betreffenden Senatsgesetze fallen in die Zeiten von Claudius bis Septimius Severus; nach diesem Princeps (211) kommt kein solches mehr vor.

3) Durch die auctoritas prudentum. Prudentes, periti, jurisconsulti waren angesehene Männer, die sich damit beschäftigten, durch ihre größere Rechtskenntniß nicht bloß die einzelnen Bürger, sondern auch die Magistrate zu unterstützen. Die vornehmste ihrer Beschäftigungen war das Respondiren (respondere), d. h. die Ertheilung rechtlicher Gutachten und rechtlichen Rathes auf vorgelegte Fragen. Dies geschah anfangs bloß für die, welche in irgend einem näheren Verhältniß der Freundschaft, Verwandtschaft, Clientel u. s. w. zu dem Rechtskundigen standen; nachher kam es auf, daß man sich für jeden Bürger zugänglich machte; dies hieß juris civilis scientiam publice profiteri. Der Rechtskundige erschien selbst mit der Partei vor Gericht; die responsa wurden mündlich abgegeben. Durch die Abgabe entgegengesetzter responsa entstand die disputatio fori. Die responsa hatten für die Richter nur eine moralische Kraft. — Der Rath der Rechtskundigen betraf auch die Art und Weise, wie ein Recht zweckmäßig geltend gemacht, ein Rechtsgeschäft vorsichtig und mit den nöthigen Sicherungsmitteln abgeschlossen werden sollte. Solchen Rath ertheilen nannte man cavere. Endlich nahmen die Rechtskundigen auch wohl an der Ausführung ihres Rathes Theil, indem sie bei der Abschließung des Geschäfts oder der Führung des Processes thätig waren; zu diesem agere gehörte namentlich die Unterstützung der Redner, patroni causarum, welche

Digitized by Google

die Sache der Partei vor Gericht vertheidigten und denen sie die rechtlichen Gründe an die Hand gaben. Auch die schriftliche Abfassung der Rechtsgeschäfte pflegten die Rechtskundigen durch ihre Schreiber zu besorgen; hierauf bezog sich der Ausdruck scribere. Die practische Thätigkeit der prudentes zerfiel hiernach in 4 Bestandtheile: respondere, cavere, agere et scribere. — Die prudentes unterscheiden sich von den übrigen Bürgern vornämlich durch eine genaue Kenntniß der solennen Formeln, welche die Begleiter eines jeden Acts des jus civile und so auch der gerichtlichen Geltendmachung der Rechte waren, und von deren genauer Beobachtung und richtiger Anwendung die Gültigkeit und der Erfolg der rechtlichen Handlungen abhing. So waren legis actiones Handlungen, mit welchen das gerichtliche Verfahren eröffnet und in denen der Anspruch des Klägers mit Gesetzesworten ausgedrückt werden mußte. Die prudentes übten nur insofern Einfluß auf das Civilrecht aus, als sie durch interpretatio desselben zur Erweiterung der legis actiones beitrugen. Eine solche erweiterte legis actio nannte man später actio utilis.[1] — Augustus verlieh das jus respondendi an einzelne Juristen und ordnete an, daß die responsa, die unter seiner Autorität gegeben wurden, schriftlich und versiegelt ertheilt werden sollten, um einer Verfälschung vorzubeugen. Bei jener Verleihung des jus respondendi blieben auch die folgenden Imperatoren stehen. Der Richter mußte dem auctoritate Principis ertheilten responsum gemäß erkennen; lagen ihm widersprechende responsa vor, so hatte er die Wahl, welchem er den Vorzug geben wollte. Die Juristen, denen das jus resp. verliehen war, wurden juris auctores genannt, die Juristen der ältern Zeit veteris juris auctores. Allmählig hörten jedoch die privilegirten Gutachten auf, ohne daß sich hierfür ein bestimmter Zeitpunkt angeben läßt.[2] (Nach Mühlenbruchs Ansicht[3] schaffte Constantin der Große durch l. 1. C. 1, 14 das Respondiren der Juristen ab.) Dagegen wuchs in hohem Grade das Ansehen der ältern juristischen Schriften, auf die man sich in ähnlicher Art wie auf responsa zu berufen anfing. Schon Constantin der Große scheint einzelne Regeln für dies Verfahren aufgestellt zu haben. Allein eine erschöpfende Vorschrift enthielt erst das s. g. Citirgesetz, eine Constitution, die man gewöhnlich Valentinian III. zuschreibt. Dasselbe bestimmte: man solle zunächst

---

[1]) Die zwölf Tafeln gaben zum Beispiel eine Klage gegen den Eigenthümer eines vierfüßigen Thieres, durch welches ein Schaden angerichtet worden war. Diese Klage wurde nachher auch auf den Fall ausgedehnt, wo ein zweifüßiges Thier Schaden angerichtet hatte.

[2]) von Savigny System Bd. 1. p. 156.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. §. 8.

Digitized by Google

zwar nur auf Papinian, Paulus, Gajus, Ulpianus und Modestinus, aber auch auf die von diesen in Bezug genommenen Stellen aus andern Juristen sich berufen dürfen; bei einer Meinungsverschiedenheit solle die Mehrheit entscheiden und bei Stimmengleichheit Papinian den Ausschlag geben; nur wenn bei diesem sich nichts über den Gegenstand finde, solle der Richter unter den verschiedenen Meinungen freie Wahl haben. Wir erwähnen noch zweier juristischen Schulen, welche sich in der ersten Kaiserzeit bildeten: der Sabinianer auch Cassianer, deren Urheber Atejus Capito war, die aber nach Massurius Sabinus oder Cassius Longinus genannt wurden, und die Proculejaner, an deren Spitze Antistius Labeo stand; ihren Namen hatten sie vom Juristen Proculus.

4) Durch die edicta magistratuum (die Edicte der Consuln, Aedilen und vor allen der Prätoren). Die der Letztern zerfallen in solche, welche eine Regel aufstellen, und zweitens solche, die bloß einen individuellen Fall betreffen (edicta repentina). Die ersteren theilt man wieder a. in edicta perpetua, solche, die der Prätor regelmäßig bei seinem Amtsantritt erließ, und in denen er die Grundsätze bekannt machte, nach denen er sein Amt zu handhaben gedachte; b. in edicta, die durch besondere Umstände veranlaßt waren. Edictum tralaticium hieß der von einem Edict auf das andere überlieferte Abschnitt desselben. Die lex Cornelia (67 a. Chr. n.) gebot den Prätoren nach ihren edicta perpetua Recht zu sprechen, verbot also, die Bestimmungen dieser Edicte nachträglich durch die zu b. erwähnten abzuändern oder zu erweitern. Den Inhalt der edicta perpetua bildete das jus Praetorium. Unter Augustus und seinen nächsten Nachfolgern, setzte sich der Gebrauch des Edicirens unverändert fort. Der Praetor urbanus erließ beim Antritt seines Amts sein edictum perpetuum, ebenso der Praetor peregrinus, ferner die Aedilen, in den Provinzen des Volkes die Proconsuln und Quästoren und die praesides in den Provinzen des Princeps, natürlich unter Einfluß desselben. Wahrscheinlich unter Hadrian (von 117—138) und zwar auf dessen Anordnung hörten die magistratus auf, neue edicta perpetua zu erlassen; aus den bisherigen Edicten wurde von dem Juristen Julianus ein edictum perpetuum zusammengestellt, welches, durch ein Senatusc. bestätigt, für alle folgenden Prätoren, Aedilen ꝛc. verbindliche Kraft hatte und durch sie nicht mehr abgeändert werden konnte.

5) Durch die constitutiones Principum. Durch die jedesmalige lex regia wurde dem Kaiser die Befugniß gegeben, alle von ihm für angemessen erachteten Anordnungen in Gegenständen des öffentlichen und Privatinteresses zu treffen. Seine

Digitized by Google

Verordnungen, constitutiones genannt, sollten auch für die anderen Magistrate legis vicem haben; sie zerfallen anfangs in:

a. orationes. Dies waren ursprünglich Vorbereitungen für die durch den Senat zu beschließenden Gesetze, wurden jedoch bald an sich schon als Gesetze betrachtet und später von den Juristen häufig statt der Senatusconsulte citirt. Zuletzt war oratio ein dem Senat angekündigtes Gesetz des Kaisers.

b. edicta, Verfügungen, welche der Kaiser vermöge der ihm zustehenden Jurisdiction erließ.

c. mandata, durch die der Princeps seine Jurisdiction andern Behörden, den Praefecti urbi oder praetorio und vor Allem seinen Legati auftrug, die er in seine Provinzen sandte. Die Mandate pflegten dann auch Anweisungen über die Verwaltung der Jurisdiction und daher Rechtsvorschriften, die der Beauftragte befolgen sollte, zu enthalten.

d. decreta, d. h. Erlasse, durch die der Kaiser einen supplicando vor ihn gebrachten Rechtsstreit nach vorgenommener Untersuchung entschied.

e. rescripta. Dies waren entweder Antwortschreiben, welche auf einseitigen Parteivortrag eine unter der stillschweigenden Bedingung: „si preces veritate nitantur" ertheilte Prozeßentscheidung enthielten, wobei dann die Untersuchung der Thatsachen und die dem Rescript gemäß einzurichtende Entscheidung einer anderen Behörde überlassen blieb, oder sie waren Antwortschreiben, die eine bloße Rechtsbelehrung enthielten. Rescripte in Form selbstständiger Antwortschreiben hießen epistolae; die unter die Bittschrift gesetzten wurden subscriptiones, die in feierlicher Ausfertigung ertheilten pragmaticae sanctiones genannt. Die erste Form wurde stets bei Rescripten an anfragende Behörden, die zweite gewöhnlich an Privatpersonen gebraucht. Gegen die durch unwahre Darstellung erschlichenen Rescripte stand der verletzten Partei die praescriptio mendaciorum zu, welche entweder eine exceptio subreptionis war, wenn der Extrahent des Rescripts unwahre Thatsachen vorgebracht, oder eine exceptio obreptionis, wenn der Extrahent wahre Thatsachen verschwiegen hatte. Ueber die Frage, in welcher Weise bei einer solchen exceptio die Beweislast zu reguliren war, sind die Ansichten der Rechtslehrer verschieden; die richtige ist wohl die, daß die Beweislast so regulirt werden mußte, als wäre das Rescript gar nicht vorhanden gewesen. [1])

Unter den späteren Kaisern kamen nur noch folgende Arten von constitutiones vor:

---

[1]) Puchta Pandecten. 5. Aufl. § 14a.

Digitized by Google

ADVOCAT
Dr LEHMANN

a. edicta oder leges edictales, Gesetze, welche einen Rechtssatz feststellten. Sie waren entweder an das Volk (ad populum, ad omnes populos) oder an den Senat oder an die obersten Behörden des Reichs, welche sie an die untergeordneten Stellen weiter zu publiciren hatten, gerichtet.

b. decreta und c. rescripta in der alten Bedeutung. Niemand sollte jedoch auf die adnotationes sich beziehen dürfen, sondern nur auf besonders ausgefertigte Rescripte, die vom Kaiser mit dem sacrum encaustum, einer purpurnen Flüssigkeit, unterzeichnet waren. Arcadius und Honorius verboten 398 p. Chr. n. die weitere Anwendung aller Rescripte über den Fall hinaus, für welchen sie erlassen worden; Justinian schaffte das Rescribiren in Proceßsachen ganz ab und befahl den Richtern, nach ihrer eigenen Einsicht zu entscheiden. Dagegen erhielten die kaiserlichen Decrete, welche auf Vernehmung beider Parteien in feierlicher Gerichtssitzung erlassen waren, auch auf andere Fälle gleicher Art Anwendbarkeit.

An die kaiserlichen Constitutionen reihen sich gewissermaaßen als deren Anhang oder Surrogat die Edicte oder generales formae der Praefecti Praetorio. Schon Alexander Severus gab ihnen allgemein verbindliche Kraft, wenn sie den Gesetzen nicht widersprächen und so lange der Kaiser nicht anders verfügen würde. Cassiodor schreibt den Präfecten eine gleichsam gesetzgebende Gewalt zu. (Cassiodor. Var. VI. 3.)

Von den vor Justinian entstandenen Sammlungen des röm. Rechts mögen folgende Erwähnung finden:

a. Der codex Gregorianus, so genannt nach seinem sonst unbekannten Verfasser, enthält Constitutionen des Kaisers Diocletian und seiner Vorgänger (wahrscheinlich bis Hadrian). Seine Entstehung fällt wohl gegen Ende des dritten Jahrhunderts. [1])

b. Der codex Hermogenianus, wahrscheinlich aus der zweiten Hälfte des vierten Jahrhunderts. [2])

c. Die s. g. Vatikanischen Fragmente, Bruchstücke einer Sammlung von Excerpten aus juristischen Schriften und von Constitutionen. Der Verfasser ist unbekannt; die Abfassung fällt zwischen 372—438. [3])

d. Der codex Theodosianus, eine Sammlung der Gesetze von Constantin an, welche, während der Regierung Theodosius II. und Valentinian III. unter öffentlicher Autorität veran-

---

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 654.
[2]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 655.
[3]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 659—662.

Digitized by Google

staltet, vom oströmischen Reiche ausging, aber sofort (438) auch im occidentalischen Reiche als Gesetzbuch recipirt wurde.[1])

e. Das edictum Theodorici (unter Theodorich, König der Ostgothen), dessen Publication in das Jahr 506 (nach Andern 500) zu setzen ist.[2])

f. Das s. g. breviarium Alaricianum, promulgirt 506 unter Alarich II., König der Westgothen.[3])

g. Die s. g. lex Romana Burgundionum (auch Papiniani responsa genannt) vom Jahre 517, ein Gesetzbuch für die Burgundischen Römer, promulgirt unter König Sigismund.[4])

Von ungleich größerer Wichtigkeit, als die bisher erwähnten Sammlungen, sind die unter Justinian veranstalteten Compilationen. Den Anfang machte die Constitutionensammlung, welche im Jahre 529 als codex Justinianeus promulgirt wurde. Demnächst erfolgte die Ausarbeitung der Institutionen und Pandecten. Erstere wurden zwar kurze Zeit vor den Pandecten (am 21. Nov. 533) publicirt, beide erhielten jedoch am 30. Dec. 533, also gleichzeitig, Gesetzeskraft. Die Institutionen, ein von Tribonian und den Professoren Theophilus und Dorotheus verfaßtes Lehrbuch, welches die Institutionen des Gajus und dessen res quotidianae zu seinen Grundlagen hat, sind in 4 Bücher getheilt, welche wieder in Titel zerfallen. Die Pandecten oder Digesten, welche von 17 Männern (theils Professoren, theils Practikern), an deren Spitze Tribonian stand, ausgearbeitet sind, enthalten Excerpte aus den Schriften von 39 Juristen (Ulpian, Paulus, Papinian, Julian, Scaevola, Pomponius, Gajus etc.). Sie zerfallen in 50 Bücher, diese wieder in Titel; außerdem ist das Ganze in 7 partes getheilt. — Hierauf wurde durch die fünf Männer Tribonian, Dorotheus, Menna, Constantinus und Johannes ein neuer Constitutionencodex (eine repetita praelectio codicis oder codex repetitae praelectionis) zu Stande gebracht, und unter Abschaffung der ersten Sammlung am 16. Nov. 534 als Gesetz promulgirt. Nach Vollendung dieser Sammlungen erließ Justinian eine Menge neuer Constitutionen (Novellen genannt) großentheils in griechischer Sprache, die aber nur von Privatpersonen gesammelt worden sind. Eine solche Privatsammlung liegt dem lateinischen Novellenauszug des Julianus (epitome novellarum) zum Grunde, welcher kurz vor Justinians Tode erschien. Das Ansehen der justinia-

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 663.
[2]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 677.
[3]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 672.
[4]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 675.

Digitized by Google

nischen Rechtsbücher erhielt sich Jahrhunderte hindurch im oströmischen Reiche; auch wurden dieselben vorzüglich vom Kaiser Basilius Macedo für das unter seinem Nachfolger Leo publicirte Gesetzbuch, die s. g. Basiliken, benutzt.[1]) — Nach Vertreibung der fremden Völker aus Italien wurde die Publication des justinianischen Rechts für diesen Theil des oströmischen Reichs erneuert; auch konnte es durch die bald darauf eindringenden Longobarden nicht verdrängt werden. Mit dem 12. Jahrhundert entstand in Bologna und von hier aus auch in anderen Orten eine Schule von Juristen, welche sich angelegen sein ließen, die einzelnen Theile der justinianischen Gesetzbücher zusammenzustellen und ihren Text mit erläuternden Anmerkungen (Glossen) zu versehen, eine Thätigkeit, der sie den Namen „Glossatoren" verdanken. Der erste von ihnen war Irnerius, der letzte Accursius († 1260), welcher aus sämmtlichen vorhandenen Glossen einen fortlaufenden Commentar zum Text, die Accursische Glosse genannt, zusammenstellte. — Der Thätigkeit der Glossatoren verdanken wir das „Corpus juris civilis", welches sie nach und nach aus den einzelnen Stücken des justinianischen Rechts zusammengesetzt haben. Die Digesten schieden sie in 3 Theile: das Digestum vetus, das Infortiatum und das Digestum novum. Der Grund dieser Eintheilung und Bezeichnung steht nicht fest.[2]) Die neun ersten Bücher des Codex — ausschließlich Codex genannt — trennten sie von den drei letzten, welche wahrscheinlich in den zuerst aufgefundenen Handschriften fehlten und den Namen „tres libri" erhielten. Statt des epitome Juliani wurde von den Glossatoren eine Sammlung von 134 vollständigen (nicht bloß epitomirten) Novellen in einer lateinischen Uebersetzung gebraucht. Diese Sammlung nannten sie „authenticum" oder „liber authenticorum". Die lateinische Uebersetzung erhielt später den Namen „versio vulgata" zur Unterscheidung von dem griechischen Texte einer seit dem 16. Jahrhunderte bekannten Sammlung von 168 Novellen. Die Glossatoren haben nur 97 Novellen glossirt und in 9 Collationen gebracht, denen sie 3 Collationen für unbrauchbar erklärter Novellen anreihten. Auch fertigten sie die s. g. authenticae, kurze Auszüge aus dem liber authenticus und den Gesetzen Friedrichs I. und Friedrichs II., und fügten sie denjenigen Stellen des Codex bei, welche durch die betreffende Novelle modifizirt sind. Die Auszüge aus den Gesetzen Friedrichs I. und II. pflegt man auch „authenticae Fridericianae" zu nennen.

---

[1]) Puchta Inst. Bd. 1. p. 706.
[2]) Puchta Institt. Bd. 1 p. 731.

Digitized by Google

B. Quellen des gemeinen Rechts.

Den allgemeinen Quellenkreis in Deutschland bildet:

1) das römische Recht.

Die Deutschen machten auf der Rechtsschule zu Bologna eine sehr bedeutende Landsmannschaft aus und schon im 12. Jahrhundert verbreitete sich in unserm weitern Vaterlande unter den Rechtskundigen die Ansicht, daß vor Allem in Deutschland, als dem Mittelpunkte des römischen Reichs, das römische Recht Geltung haben müsse. Diese Meinung wurde bald nachher auch in den Reichsgesetzen als eine bereits vollendete Thatsache anerkannt; ja, bei der Einrichtung des Reichskammergerichts (1495) wurden die Richter und Beisitzer angewiesen, das römische Recht als eine der vornehmsten Quellen für ihre Entscheidungen zu betrachten. So war denn die Reception des römischen Rechts kein momentaner Act, sondern das allmählige Resultat der Ueberzeugung und Praxis der Gerichte. In Ansehung des Umfangs dieser Reception gelten aber folgende Grundsätze:

Recipirt ist das römische Recht nur in der durch Justinian erlangten Gestalt, jedoch einschließlich der von den Glossatoren in den Codex aufgenommenen „authenticae Fridericianae" und Novellenauszüge („authenticae"). Letztere, welche ursprünglich einen Theil der Glosse bildeten, stehen aber im Falle eines Widerstreits mit dem Novellentexte diesem nach. [1]) Von aller Anwendung ausgeschlossen sind:

a. Das jus antejustinianeum, Rechtsquellen aus der Zeit vor Justinian, welche nicht Theile des Corpus juris sind; [2])

b. Das jus postjustinianeum, Gesetze der spätern byzantinischen Kaiser; [3])

c. Diejenigen Theile des justin. Rechts, welche die Glossatoren als unanwendbar ausgeschieden und daher nicht glossirt haben; quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia; [4])

d. Diejenigen Theile des justin. Rechts, welche den Glossatoren nicht bekannt waren und erst später ergänzt worden sind (leges restitutae), z. B. die erst im 16. Jahrhundert aus den Basiliken restituirten Stellen der Pandecten ꝛc. [5])

---

[1]) Puchta Vorles. Bd. 1 p. 9 u. 10. v. Savigny System Bd. 1 p. 67 u. 68.

[2]) Puchta a. a. O. v. Savigny a. a. O.

[3]) Puchta a. a. O. v. Savigny a. a. O.

[4]) Puchta Vorles. Bd. 1. p. 8. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 18.

[5]) Die Unanwendbarkeit der s. g. leges restitutae ist streitig. Die obenangeführte Meinung vertheidigt v. Savigny System Bd. 1. p. 70 bis 75. Puchta Vorles. Bd. 1. p. 8. Auch Mühlenbruch (Pandecten Th. I.

Digitized by Google

e. Die griechischen Texte in den Digesten, an deren Stelle die in Bologna angenommenen Uebersetzungen treten; [1])

f. Der seit dem 16. Jahrhundert bekannte griechische Text der Novellen, an dessen Stelle die versio vulgata tritt; [2])

g. Das gesammte römische Staatsrecht, sowie gewisse dem römischen Privatrecht angehörige Institute (z. B. das Sclavenrecht, das Colonat, die Stipulation), welche sich aber unter einen allgemeinen Begriff nicht zusammenfassen lassen. Ihre Ausschließung ist nicht der Schule von Bologna, sondern der späteren Wissenschaft und dem Gewohnheitsrecht zuzuschreiben. [3])

Die Glosse selbst hat nur wissenschaftliche, nicht gesetzliche Autorität. [4])

2) das canonische Recht.

Dasselbe ist in gleicher Weise, wie das römische, in Deutschland geltend geworden; doch ist nur das s. g. Corpus juris canonici, bestehend aus dem Decretum Gratiani, den Decretalen Gregors IX., dem liber Sextus Decretalium und den Clementinen, anerkannt. [5])

3) die Reichsgesetze und

4) der Gerichtsgebrauch (wissenschaftlich entstandenes Gewohnheitsrecht.)

Ob und in welchem Umfange das mosaische Recht in Deutschland Anwendung findet, ist streitig.

Die recipirten fremden Rechte gelten im Verhältnisse zu den Territorialrechten nur subsidiär; auch greift überall die deutsche Rechtsregel Platz: Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht Landrecht, Landrecht gemeines Recht. [6])

Wenn vorstehende Rechtsquellen unter einander collidiren, so ist auch hier das neuere Quellenstück in der Regel dem älteren vorzuziehen. Der wahre Gerichtsgebrauch, als die neueste Verarbeitung der früher vorhandenen Rechtsquellen geht daher allen Uebrigen vor. Dann folgen in der Reihe der Anwendung die Reichsgesetze,

---

§ 18.) ist im Grunde einverstanden. Allerdings scheinen einzelne leges restitutae nachträglich recipirt worden zu sein, so namentlich l. 4 Cod. de in jus voc. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 18. Note 36 von v. Madai.

[1]) v. Savigny System Bd. 1. p. 67. Puchta Vorles. Bd. 1. p. 9.

[2]) Der Vorzug der versio vulgata ist bestritten. Eigene Grundsätze in Ansehung ihrer entwickelt Puchta Vorles. Bd. 1. p. 9. Siehe dagegen v. Savigny System Bd. 1. p. 68.

[3]) v. Savigny System Bd. 1. p. 69. Puchta Vorles. Bd. 1. p. 10.

[4]) v. Savigny System Bd. 1. p. 68.

[5]) v. Savigny System Bd. 1. p. 75.

[6]) Puchta Pandecten Bd. 1. § 6.

Digitized by Google

demnächst das canonische und zuletzt das römische Recht.

Das Verhältniß des canonischen Rechts zum römischen ist streitig. Nach der Ansicht mancher Rechtslehrer [1]) sind beide Rechte, weil ihre Reception zu derselben Zeit stattgefunden hat, für uns gleichzeitig, so daß keines vor dem andern einen regelmäßigen Vorzug beanspruchen kann; vielmehr soll in jedem einzelnen Widerspruch der Vorzug nur durch einen besondern Gerichtsgebrauch bestimmt werden können. Hiergegen bemerkt v. Savigny [2]): Das canon. Recht habe zu dem römischen ganz das Verhältniß von Novellen. In diesem Verhältniß seien beide Rechte in Bologna wirklich recipirt worden und die Reception derselben in Deutschland sei wieder in demselben Sinne erfolgt, in welchem sie zu Bologna geschehen sei. Eine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel könne nur durch speciellen Gerichtsgebrauch oder in evangelischen Ländern durch die einem canon. Satze des Privatrechts widersprechenden Grundsätze des evang. Kirchenrechts begründet werden.

Bei Widersprüchen, die sich zwischen einzelnen Stücken der justinian. Gesetzgebung selbst finden, greifen folgende Grundsätze durch:

1) Jede Novelle geht nicht nur den drei Rechtsbüchern: Institutionen, Pandecten und Codex, sondern auch jeder andern ältern Novelle vor [3].)

2) Diejenigen Constitutionen des Codex repetitae praelect., welche zwischen der Gesetzeskraft der Digesten (30. Dec. 533) und der Promulgation des Codex (17. Dec. 534) erschienen sind, gehen den Pandecten und Institutionen vor. [4])

3) Im Allgemeinen aber ist die nicht völlig gleichzeitige Promulgation der drei Rechtsbücher einflußlos; sie waren nach Justinians Absicht bestimmt, als Ein großes zusammenhängendes Werk

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. 1. § 70.

[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 266.

[3]) Zwar sind die Novellen gleichzeitig mit den Rechtsbüchern recipirt worden; dadurch ist jedoch der natürliche Vorzug, der den Novellen als neuern Gesetzen zukam, nicht wieder vernichtet worden; denn mit den Gesetzbüchern wurde zugleich das Verhältniß, in welchem sie zur Zeit Justinian's zu einander standen, recipirt. v. Savigny System Bd. 1. p. 269. Mühlenbruch Pand. Th. I. §§ 70 und 71.

[4]) Viele Rechtslehrer geben dem ganzen Codex rep. prael. den Vorzug vor Institutionen und Pandecten, so z. B. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 71. Siehe dagegen v. Savigny System Bd. 1. p. 272.

Digitized by Google

zu gelten, und sind daher so zu behandeln, als ob sie gleichzeitig promulgirt wären. [1])

4) Widersprüche zwischen den drei Rechtsbüchern sind deshalb zunächst wo möglich durch Vereinigung in bloßen Schein aufzulösen und hierbei ist selbst ein etwas künstliches Verfahren gerechtfertigt. Die Vereinigung kann auf systematischem und historischem Wege angestrebt werden. Gelingt dieselbe nicht, so ist diejenige der widersprechenden Stellen vorzuziehen, welche den übrigen unzweifelhaften Grundsätzen der justinian. Gesetzgebung am meisten entspricht. [2])

C. Quellen des preußischen Rechts.

Die Anfänge der Landesgesetzgebung waren auf das Gebiet der brandenburgischen Kurstaaten eingeschränkt. Die Grundlage des Rechts der Mark Brandenburg bildete das ungeschriebene allgemeine Recht des Sachsenlandes. Schon Claus von Buch benützte zur Ergänzung des Sachsenrechtes das römische Recht, welches in Verbindung mit dem canonischen Rechte durch süddeutsche Geistliche und Ritter, die im Gefolge der Hohenzollerschen Fürsten in die Mark kamen, eine weitere Ausbreitung fand. Gesetzlich anerkannt ward jedoch das Ansehn des römischen Rechts erst unter Kurfürst Joachim I., welcher bei der Ordnung, die er 1516 dem von ihm gegründeten Kammergerichte gab, mit Beirath der Stände verordnete, daß in allen seinen Gebieten gemeines kaiserliches Recht zur Anwendung kommen sollte. Nunmehr stellte sich das bisherige Sachsenrecht als ein Ausnahmerecht dem gemeinen Rechte zur Seite; daneben war die Landesgesetzgebung thätig. Bereits unter Kurfürst Johann Georg sollte eine Sammlung der bisher ergangenen Polizei- und Justizmandate stattfinden; allein die Arbeit, mit der die beiden Distelmeyer beauftragt waren, kam nicht zum Abschluß. Erst Friedrich der Große verfolgte den Plan, ein allgemeines Gesetzbuch herzustellen, mit voller Energie, zumal er durch ein privilegium illimitatum de non appellando volle Freiheit für die Gesetzgebung erhalten hatte. Der 1738 zum Chef der Justiz und 1748 zum Großkanzler ernannte Freiherr v. Cocceji sollte, wie es in einer Notification an das Kammergericht heißt, dafür sorgen: „daß ein beständiges und ewiges Landrecht verfertiget, das confuse und theils auf Unsere Lande nicht quadrirende jus Romanum abgeschaffet und die un-

[1]) v. Savigny System Bd. 1. p. 270 — 273. Puchta Vorles. Bd. 1 p. 46.

[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 273—289. Vergl. Puchta Vorles. Bd. 1. p. 47.

Digitized by Google

zählige Menge von Edicten gedachtem Landrecht einverleibt werde." Ferner bestimmte § 24 der Constitution, wie die Prozesse in Pommern nach Seiner Königl. Maj. in Preußen Plan in einem Jahre in allen Instanzen zu Ende gebracht werden sollen, vom 31. Dez. 1746 wörtlich: „Und weil die größte Verzögerung der Justiz aus dem ungewissen lateinischen römischen Rechte herrührt, welches nicht allein ohne Ordnung compiliret worden, sondern worin singulae leges pro et contra disputirt oder nach eines Jeden caprice limitirt und ertendirt worden, so befehlen Wir gedachtem Unsern Etats-Minister v. Cocceji, ein deutsches allgemeines Landrecht, welches sich bloß auf die Vernunft und Landesverfassung gründet, zu verfertigen und zu Unserer Approbation vorzulegen, worüber Wir hier zunächst aller Unserer Stände und Collegia, auch Universitäten Monita einholen und die Statuten einer jeden Provinz besonders beidrucken lassen wollen, damit einmal ein gewisses Recht im Lande etablirt und die unzähligen Edicte aufgehoben werden mögen." Zur Ausführung dieses Befehls machte Cocceji den Anfang in seinem: „Project des Corporis juris Fridericiani" d. i. Seiner Königl. Maj. in Preußen in der Vernunft und Landesverfassung gegründetes Landrecht, worin das römische Recht in eine natürliche Ordnung und richtiges Systema nach denen dreien Objectis juris gebracht u. s. w." Dasselbe zerfiel in 3 Theile: Personenrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht. Nur die beiden ersten Theile sind (1749 und resp: 1751) im Druck erschienen; allgemeine Geltung hat dies Gesetzbuch nie erlangt; bloß einige Abschnitte desselben sind mit mancherlei Modificationen in einzelnen Landestheilen als Gesetz eingeführt worden. Damit blieb die allgemeine Gesetzgebung vor der Hand auf sich beruhen. — Wir haben bereits der Constitution vom 31. Dec. 1746 erwähnt: „wie die Prozesse in Pommern nach dem Plane des Königs in einem Jahre in allen Instanzen zu Ende gebracht werden sollten." In Folge derselben wurden auch wirklich binnen 8 Monaten 2400 alte Prozesse beendet und hiernächst ward unterm 6. Juli 1747 das Project eines Codicis Fridericiani Pommeranici als Prozeßordnung für Pommern publicirt, am 3. April 1748 auch den übrigen Provinzialcollegien als Project des Codicis Fridericiani Marchici provisorisch vorgeschrieben. Dies Project behielt noch die Verhandlungs- und Eventualmarime, sowie die hauptsächlichsten Institutionen des gemeinen Rechts bei. Nach Eingang der Monita wurde eine Revisionskommission niedergesetzt; allein die Revision dieses Codicis Fridericiani ist nie beendet worden.

1774 überreichte der schlesische Justizminister von Carmer dem Könige den Plan zu einer neuen Prozeßordnung, welche auf der Official- oder Untersuchungsmarime mit Ausschluß der

Digitized by Google

Vertretung durch Advokaten beruhte; allein der derzeitige Großkanzler v. Fürst widersetzte sich dem Carmerschen Projecte. Demnächst (1775) reichte v. Carmer einen von Suarez gefertigten Entwurf: „Project des revidirten Codicis Fridericiani" ein, nach welchem einer jeden Partei von Amtswegen ein rechtskundiger Beistand (Assistenzrath) zugeordnet werden sollte, der jedoch nicht als Sachführer zu einem Parteizwecke, sondern als Gehülfe des Richters anzusehen war. In einer am 4. Januar 1776 zwischen v. Carmer und v. Fürst in Gegenwart des Königs stattgehabten Unterredung drang v. Fürst mit seinem abermaligen Widerspruche durch; allein auch ihm gelang es nicht, einem von ihm selbst gefertigten Entwurfe den Sieg zu verschaffen. Am 15. Januar desselben Jahres dictirte der König dem Kammergerichtspräsidenten v. Rebeur eine Cab.-Ordre in die Feder, welche die aus 11 Punkten bestehenden Grundzüge eines auf mündlicher Verhandlung vor dem Spruchgerichte basirenden Verfahrens enthielt. Die zugelassene Ausnahme eines Schriftwechsels blieb jedoch in praxi Regel. Die Klagen über Langsamkeit des Rechtsganges mehrten sich. Da entschied der bekannte Rechtsfall des Müllers Arnold den Sturz des Großkanzlers v. Fürst, und v. Carmer, welcher nunmehr das Großkanzleramt erhielt, wurde durch Cab.-Ordre vom 14. April 1780 mit der Ausführung einer allgemeinen Justizreform betraut. Nach dieser Cab.-Ordre sollte neben Einführung einer neuen Prozeßordnung das Recht der einzelnen Landestheile durch besondere Gesetzbücher festgestellt und der Inhalt der justinianischen Rechtsbücher mit den Landesgesetzen zu einem der Gegenwart angemessenen, für alle Königl. Lande anwendbaren, subsidiären Gesetzbuche umgearbeitet werden. In einer Königl. Anweisung vom 27. Juli 1780 wurden die leitenden Grundsätze näher entwickelt. Unter den Gehülfen, welche v. Carmer für die erste Ausarbeitung erhielt, verdient vor Allen der Oberamtsrath Suarez genannt zu werden, dessen unermüdlicher Thätigkeit die neue Schöpfung zumeist ihr Dasein verdankt. Durch Patent vom 29. Mai 1781 wurde die Gesetz-Commission ins Leben gerufen, deren Hauptaufgabe die Ertheilung von Rechtsbelehrungen an die Landesgerichte, die Vornahme von Justizvisitationen und die Begutachtung neu zu erlassender Gesetze war.

Der erste aus den Conferenzen mit dem Großkanzler hervorgegangene und gedruckte Entwurf des materiellen Gesetzbuchs wurde der Gesetz-Commission, den Kammergerichtspräsidenten von Rebeur und v. Goldbeck, so wie dem Regierungspräsidenten von Tevenar zur Begutachtung mitgetheilt, nach Eingang der Monita nochmals mit dem Großkanzler berathen und sodann umgearbeitet. Der umgearbeitete Entwurf (vollendet 1788) zerfiel in 2 Haupttheile: Personenrecht und Sachenrecht. Das Perso-

Digitized by Google

nenrecht umfaßte die besonderen Verhältnisse, welche ihren Entstehungsgrund in den engeren oder erweiterten Verbindungen der Personen im Staate haben (Ehe-, Familien-, Gesinde-, Bauern-, Adels-, Handels-Recht u. s. w.), das Sachenrecht diejenigen Rechtsverhältnisse, welche zwischen den einzelnen Personen als solchen stattfinden. Mit Königlicher Genehmigung wurde die Umarbeitung durch den Druck bekannt gemacht. Demnächst erfolgte eine Zusammenstellung der eingegangenen Monita (Extract der Monitorum), über welche sich der Großkanzler von Suarez die unter dem Namen der „revisio monitorum" bekannten Vorträge erstatten ließ. Neben der Revision besorgte Suarez die abermalige Umarbeitung des Entwurfs nach den Beschlüssen des Großkanzlers. Dieses Mal wurde das Sachenrecht als erster Theil dem Personenrechte vorangestellt. Die Directoren der Gesetzcommission erhielten Abschriften der neuen Bearbeitung. Nachdem dieselbe nochmals geprüft und modificirt worden war, wurde sie als „Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten" mittelst Publicationspatents vom 20. März 1791 verkündet. Die Gesetzeskraft sollte mit dem 1. Juni 1792 beginnen. Eine Cab.-Ordre vom 18. April 1792 setzte jedoch die Verpflichtungskraft auf so lange aus, bis durch geeignete Mittel den (vom schlesischen Justizminister v. Dankelmann geltend gemachten) Nachtheilen einer übereilten Einführung vorgebeugt sein werde. In Wahrheit wurden verschiedene das Staatsrecht betreffende Sätze des allgemeinen Gesetzbuchs nachträglich beanstandet. Nachdem die desfallsigen Bedenken durch die Schlußrevision beseitigt waren, wurde das so berichtigte Gesetzbuch unter dem veränderten Titel: „Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten" mittelst Publicationspatents vom 5. Februar 1794 promulgirt, das den Anfang der Gesetzeskraft auf den 1. Juni desselben Jahres bestimmte. Doch haben für den Militairstand die civilrechtlichen Bestimmungen erst durch Publicandum vom 14. März 1797 Gesetzeskraft erhalten. Der erste Theil des Landrechts behandelt die Person als rechtlich gleichgestelltes Mitglied der allgemeinen Rechtsgenossenschaft nach den möglichen Verhältnissen zu andern einzelnen Personen, auf welchen das reine Vermögensrecht beruht; der zweite Theil die Unterschiede der bürgerlichen Gesellschaft, von welchen besondere Abhängigkeitsverhältnisse der Personen und des Vermögens ausgehen. [1])

Was die Prozeßordnung anbelangt, so notificirte der Großkanzler auf Grund der Cab.-Ordre vom 14. April 1780 den

[1]) v. Daniels Lehrbuch des gemeinen preuß. Privatrechts. Berlin 1851 Bd. 1. p. 61.

Digitized by Google

Landesjustizcollegien einen von Suarez entworfenen Aufsatz, welcher die Hauptgrundsätze des neu einzuführenden Prozeßverfahrens entwickelte. Unterdeß wurde der umgearbeitete Suarez-Carmersche Entwurf von 1775 verschiedenen Juristen zur Begutachtung mitgetheilt. Nach den Erinnerungen derselben erfolgte die Umarbeitung, welche durch Patent vom 26. April 1781 unter dem Titel „Corpus juris Fridericianum; Erstes Buch: von der Prozeßordnung" den Gerichten verkündet wurde. Eine neue von Suarez gefertigte Bearbeitung wurde auf Grund der Cab.-Ordre vom 6. Juli 1793 unter dem Namen: „Allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten" durch bloße Zufertigung an die Landesjustizcollegien verkündet. Diese Zufertigung geschah jedoch erst nach dem Anfange der Gesetzeskraft des allgemeinen Landrechts und zwar erfolgte die des ersten Bandes mittelst Rundschreibens vom 24. Dec. 1794, die des zweiten Bandes verzögerte sich bis in den Juli 1795.

Ueber das Verhältniß des Landrechts zur Gerichtsordnung erscheinen in Collisionsfällen folgende Grundsätze als die richtigen:

1) Keinem von beiden Gesetzbüchern gebührt durchweg ein Vorzug vor dem andern.

Nach dem Datum der Publikationspatente würde zwar das Landrecht als das neuere Gesetz der Gerichtsordnung in allen Stücken derogiren; hiergegen spricht jedoch a. daß der Wirklichkeit nach die Gerichtsordnung später abgefaßt ist, als das Landrecht und daher dieses als schon vorhanden in Bezug nimmt, sowie b. daß die Verkündung der Gerichtsordnung zwar schon früher verordnet, jedoch später zur Ausführung gekommen ist, als die Verkündung des Landrechts [1]). Doch auch die Gerichtsordnung kann nicht durchgehends einen Vorzug vor dem Landrecht beanspruchen. Allein der Grund hiervon ist nicht mit Koch [2]), welcher im Ganzen dem Landrecht den Vorzug giebt, darin zu suchen, daß die Gerichtsordnung weniger neue Gesetze, als vielmehr die im Corpus juris Frideric. schon enthaltenen Vorschriften begreift. Denn ein jedes Gesetzbuch enthält, wie Alker [3]) mit Recht geltend macht, mehr oder minder Bestimmungen des vor ihm gültig gewesenen Gesetzes, dessen Stelle es vertritt, so daß bei dergleichen Zweifeln, wenn jener Umstand entscheidend sein sollte, bis in's graue Alterthum zurückgegangen werden müßte, um zu entscheiden, welches Gesetz

[1]) v. Daniels Lehrbuch, Bd. 1 p. 64.
[2]) Koch Lehrbuch, 2te Aufl. Berlin 1851 Bd. 1 p. 57.
[3]) Alker, der preuß. Civilprozeß. Lissa und Gnesen 1846. p. 6.

Digitized by Google

das ältere sei. Der wahre Grund liegt vielmehr darin, daß nach Inhalt der als Publikationspatent zur Gerichtsordnung benutzten Cab.-Ordre vom 6. Juli 1793 der Großkanzler nur zur Besorgung einer revidirten Ausgabe des Corpus juris Fridericianum und zur Modification von Prozeßvorschriften, nicht aber zur Edition eines völlig neuen Gesetzbuchs ermächtigt war. Trotz des veränderten Titels und mancher anderer Abweichungen von dem Corpus juris Friderician. ist daher die Gerichtsordnung als ein von diesem durchaus verschiedenes Gesetzbuch nicht anzusehen.

2) Es ist vielmehr zwischen materiellen Rechtsbestimmungen und Formvorschriften zu unterscheiden. Betrifft der Widerspruch lediglich die Form des Verfahrens, so geht die Gerichtsordnung vor, weil sie der Sitz der Lehre (sedes materiae) und in dieser Beziehung, sowohl der Abfassung als der Verkündung nach, das neuere Gesetzbuch ist. Findet dagegen die Collision in Ansehung materieller Vorschriften statt, so sind wieder zwei Fälle denkbar: hatten die materiellen Bestimmungen schon in dem Corpus juris Frideric. ihre Hauptquelle und enthält die Gerichtsordnung die genaueren Bestimmungen, das Landrecht nur eine gelegentliche Bezugnahme, so entscheidet die Gerichtsordnung wiederum als der eigentliche Sitz der Lehre; enthält aber das Landrecht wirkliche Zusätze oder sind die abweichenden Bestimmungen der Gerichtsordnung mit den allgemeinen Begriffen und Grundsätzen des Landrechts nicht vereinbar, so gebührt Letzterem der Vorzug. [1])

Außer den beiden Gesetzbüchern, deren Entstehung in Vorstehendem geschildert worden ist, steht noch die Hypothekenordnung zu dem Vermögensrechte in der wesentlichsten Beziehung. Die älteste Hypothekenordnung vom 4. Februar 1722 verband die Formvorschriften mit den materiellen Bestimmungen über die Rechte und das gegenseitige Verhältniß der Gläubiger. Weiter ausgebildet wurde das Hypothekenrecht durch die schlesische Hypothekenordnung vom 4. August 1750, welche später auch in den übrigen Provinzen Geltung erlangte. Die noch heute gültige „allgemeine Hypothekenordnung für die gesammten Königl. Staaten", welche Suarez entworfen, wurde am 20. Dec. 1783 vom Könige vollzogen und durch besondere Hofrescripte den 18. Jan. 1784 verkündet.

Die allgemeine Depositalordnung, welche ebenfalls für das Privatrecht nicht ohne Bedeutung ist und Suarez zum Verfasser hat, erhielt den 15. Sept. 1783 die Königl. Vollziehung.

---

[1]) v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 65.

Digitized by Google

In Folge der seit der Justizreform stattgehabten Gebietsveränderungen des preuß. Staats hat die Herrschaft der Gesetzbücher in den verschiedenen Landestheilen gewechselt.[1]) Gegenwärtig gilt das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichts-Ordnung in sämmtlichen Provinzen, ausgenommen a. in Neuvorpommern und dem Fürstenthum Rügen, b. im Bezirke des Justizsenats zu Ehrenbreitenstein, welcher, wie die Landestheile ad a, unter der Herrschaft des gemeinen Rechts steht; c. im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln, wo französisches Recht gilt, d. in den Fürstenthümern Neufchatel und Vallengin, e. in den Fürstenthümern Hohenzollern.

Das Landrecht trat

a. an die Stelle der fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze, welche dadurch gänzlich aufgehoben wurden. Art. 1 des Publ. Pat. vom 5. Febr. 1794. Doch blieben diejenigen Stellen der drei ersten Titel des zweiten Theils des Landrechts, welche das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig recipirt gewesenen römischen oder anderen fremden Gesetzes enthalten, vorläufig suspendirt. Art. 7. a. a. O. Diese Suspension, welche namentlich die Lehre von der Ehe, väterlichen Gewalt und Inteſtaterbfolge betraf, ist nach und nach in den meisten Provinzen aufgehoben worden. In der Kur- und Neumark dauert sie noch fort, doch mit vielen Beschränkungen.

b. An die Stelle der älteren Landesedikte und Verordnungen, die es ebenfalls bis auf die von ihm selbst in Bezug genommenen (wie z. B. das Pfandleihreglement vom 13. März 1787, die allgemeine Hypotheken- und Depositalordnung) aufgehoben hat. Art. 2 a. a. O.

Im Verhältniß zu den meisten[2]) Provinzialrechten hat das Landrecht nur subsidiäre Geltung. Art. 3 a. a. O. Die Provinzialgesetzbücher sollten jedoch bis zum 1. Juni 1796 vollendet werden. Art. 4 a. a. O: Bis jetzt sind indeß erst folgende zwei publicirt:

1) das für Ostpreußen, Litthauen, Ermland und den Marienwerderschen Landräthl. Kreis, welches seit 1802,

2) das für Westpreußen, welches seit dem 1. Juli 1844 Gesetzeskraft hat.

Die seit Publikation des Landrechts bis Ende 1802 ergan-

---

[1]) Eine genauere Darstellung erscheint dem Zweck dieses Buches nicht entsprechend. Wir verweisen daher in dieser Beziehung auf die „Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. Rechtsbücher von Gräff, Koch u. s. w."

[2]) Das Landrecht ist in einzelnen Distrikten der Provinz Sachsen und Westphalen theilweise Prinzipalrecht; im Großherzogthum Posen hat es durchweg principale Geltung.

Digitized by Google

genen Erläuterungen und Abänderungen deſſelben ſind unter dem Titel „Erſter Anhang zum Allgemeinen Landrecht u. ſ. w.", mittelſt Patents vom 1. April 1803 beſonders publicirt, auch denjenigen Stellen des Landrechts, welchen ſie derogiren, in den ſpäteren landrechtlichen Ausgaben beigefügt worden.

Eine gleiche Zuſammenſtellung und Publikation der die Allgemeine Gerichtsordnung abändernden und declarirenden ſpäteren Geſetze iſt mittelſt Patents vom 4. Febr. 1815 unter dem Titel „Anhang zur Allgemeinen Gerichtsordnung u. ſ. w.", erfolgt.

Im Jahre 1817 wurde für eine allgemeine Reviſion der Geſetze ein beſonderes Miniſterium gegründet und dem Staatsminiſter v. Beyme übertragen, deſſen Nachfolger Graf v. Dankelmann (1825), v. Kamptz (1831) und v. Savigny (1842) wurden. Die Beendigung des Reviſionsgeſchäfts iſt 1848 ohne Reſultat ſtillſchweigend eingetreten.

Die vollſtändigſte Sammlung landesherrlicher Verordnungen und Erlaſſe bis 1750 iſt Chr. O. Mylii Corpus Constitutionum Marchicarum etc., die ſ. g. Myliusſche Edictenſammlung, welche gewöhnlich durch "C. C. M." citirt wird.

Von 1751 fängt die ſ. g. akademiſche Edictenſammlung: „Novum Corpus Constitutionum Prussico — Brandenburgensium praecipue Marchicarum etc." an, welche bis 1806 reicht, offizielles Geſetz-Bülletin war, und gewöhnlich mit „N. C. C." citirt wird.

Durch das Publikationspatent vom 1. April 1803 wurde auch das von 1800 bis 1805 von Amelang herausgegebene „Neue Archiv der Preuß. Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit" zum amtlichen Geſetz-Bülletin erhoben.

Seit dem 27. October 1810 erſcheint die Geſetzſammlung, ſeit 1811 auch die Regierungs-Amtsblätter und ſeit 1839 das Juſtiz-Miniſterial-Blatt.

Digitized by Google

Zur Einleitung des Allgemeinen Landrechts.

1) Gesetzliches (promulgirtes) Recht.

Das gesetzliche Recht ist das auf dem verfassungsmäßig ausgesprochenen und bekannt gemachten Willen der gesetzgebenden Gewalt beruhende.[1]) Die Erfordernisse seiner Entstehung sind hiernach a. Promulgation, d. i. der verfassungsmäßige Ausspruch des Rechtssatzes und b. Publication[2]), Bekanntmachung desselben. — Die Erzeugnisse der Gesetzgebung sind theils eigentliche Gesetze, leges generales, d. h. Regeln, nach denen eine Klasse von Fällen beurtheilt werden soll, theils personales constitutiones, Bestimmungen für einzelne Personen und Fälle.

A. Promulgation (Abfassung).

Nach l. 8. Cod. 1, 14 sollten zwar die Edicte der römischen Kaiser unter Mitwirkung des Senats ausgearbeitet werden; doch wurde die Gesetzeskraft gewiß nicht von der Beobachtung dieser Form abhängig gemacht.[3]) In ähnlicher Weise verordnete das preußische Landrecht (§§ 7 bis 9 der Einleitung), daß jeder Entwurf zu einer neuen lex generalis der (durch Patent vom 29. Mai 1781) errichteten Gesetz-Commission zur Prüfung und Begutachtung vorgelegt werden sollte. Zwar erklärte § 9 des Patents von 29. Mai 1781, sowie § 12 des Allgemeinen Gesetzbuchs ein ohne dergleichen Prüfung bekannt gemachtes Gesetz für unverbindlich; diese Bestimmung wurde jedoch bei der Schlußrevision ausgeschieden. Im Jahre 1806 ist die Gesetz-Commission eingegangen. Durch die Verordnung vom 20. März 1817, betreffend die Einrichtung des Staatsraths, ward bestimmt, daß alle Gesetze durch die Prüfung des Staatsraths an den König zur Sanktion gelangen müßten. Es wurden indeß viele Gesetze gegeben, die nicht durch die Prüfung des Staatsraths gegangen sind, und obgleich durch das Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände vom 5. Juni 1823 auch deren Beirath für gewisse Gesetze vorgeschrieben wurde, so blieb doch die

---

[1]) Puchta Pandecten § 14.

[2]) Promulgation und Publikation werden jetzt meistens als gleichbedeutend gebraucht.

[3]) v. Savigny System, Bd. 1 p. 125.

Digitized by Google

Königliche Sanktion das wesentlichste Moment der Promulgation. Ein jeder Befehl des Königs oder dessen, der dazu vom Könige beauftragt war, hatte verfassungsmäßig Gesetzeskraft. Friedrich Wilhelm I. hatte zwar verboten [1]), in Zukunft Patente ohne seine eigenhändige Unterschrift nur unter der Unterschrift der Regierungen oder anderer Collegien durch den Druck bekannt zu machen. Aus der Zeit nach ihm bis 1810 giebt es jedoch eine Menge Verordnungen, welche bloß von Staatsministern vollzogen sind, und dennoch als Gesetze gelten. Die Gesetzeskraft beruht hier auf mündlichem Spezialbefehl des Königs und man nimmt diesen für bewiesen an, wenn es am Schlusse dieser s. g. Hofrescripte heißt: „auf allerhöchsten Spezialbefehl."

Gegenwärtig, wo die gesetzgebende Gewalt gemeinschaftlich durch den König und zwei Kammern ausgeübt wird (Art. 62 der Verfassungsurkunde vom 31. Jan. 1850), gelten nachstehende Grundsätze:

a. Im Allgemeinen ist zur Entstehung eines Gesetzes erforderlich

1) die Zustimmung beider Kammern,
2) die Vollziehung durch den König als Zeichen seiner Genehmigung,
3) die Gegenzeichnung (Contrasignatur) wenigstens eines Ministers. (Art. 44 a. a. O.)

b. Unter folgenden Bedingungen kann jedoch die Krone auch jetzt noch einseitig Verordnungen mit Gesetzeskraft erlassen:

1) die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes muß es dringend erfordern,
2) die Kammern dürfen nicht gerade versammelt sein,
3) das gesammte Staatsministerium muß die Verantwortlichkeit übernehmen,
4) die Verordnung darf der Verfassung nicht zuwider laufen.

Auch sind dergleichen einseitig erlassene Verordnungen den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt sofort zur Genehmigung vorzulegen (Art. 63 a. a. O.)

c. Ferner ist der König verfassungsmäßig befugt, ohne Zustimmung der Kammern, jedoch unter der Contrasignatur eines Ministers, alle zur Handhabung der Executive und zur Ausführung der Gesetze erforderlichen Verfügungen zu treffen, Art. 45 a. a. O.

d. Endlich haben in einzelnen Fällen sowohl die Ministe-

[1]) Verordnung vom 25. März 1719. C. C. M. Th. II Abth. 1. p. 671.

Digitized by Google

rien als auch die Provinzial-Verwaltungs-Behörden durch besondere gesetzliche Bestimmung die Ermächtigung erhalten, zur Ausführung vorhandener Gesetze oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, allgemein verbindliche Anordnungen zu erlassen, so insbesondere sind die Ortspolizei-Behörden und die Bezirksregierungen in Gegenständen der Polizeiverwaltung unter gewissen Einschränkungen zur Emanation verbindlicher Verordnungen befugt. Ges. vom 11. März 1850 §§ 5 bis 19.

Weder den Verwaltungs- noch den richterlichen Behörden steht übrigens die Prüfung der Rechtsgültigkeit gehörig verkündeter Königlicher[1]) Verordnungen zu. Letztere sind vielmehr verbindlich, wenn sie in der gesetzlichen Form bekannt gemacht sind. Art. 106 der Verf. Hieraus folgt, daß mit der Verwerfung durch die Kammern die zu b gedachten Verordnungen noch nicht ohne Weiteres ihre Kraft verlieren; sondern daß sie vielmehr so lange gültig bleiben, bis ihre Aufhebung gehörig bekannt gemacht ist.

B. Publikation.

Das Gesetz erlangt erst mit dem Zeitpunkte der Publikation Verbindungskraft (Nov. 66 c. 1 pr. und § 10. der Einl. zum Landrecht), falls nicht etwa der Gesetzgeber eine vacatio legis, d. h. die Suspension der Anwendbarkeit bis zu einem noch späteren Zeitpunkte bestimmt hat; cf. Nov. 66 c. 1 pr. und Eingang des Publ. Pat. zum Allgemeinen Landrecht vom 5. Febr. 1794. In l. 9 Cod. 1, 14 wird zwar die Nothwendigkeit der Bekanntmachung der Gesetze anerkannt; jedoch ohne Bestimmung einer Form für dieselbe. Gemeinrechtlich war Verkündigung von der Kanzel (Kanzelsprache) und Anschlagung an öffentlichen Orten die übliche Publikationsform.[2]) In Preußen bestand seit der Verordnung vom 24. Aug. 1717[3]) die ordentliche Publikation darin, daß die Verordnungen von der obersten Behörde in einer Anzahl von Exemplaren an die Provinzialbehörden und von diesen für die Städte an die Steuerräthe, für das platte Land an die Landräthe „zur Publikation" gesendet wurden. Wie in den Städten die Publikation vorgenommen werden sollte, war nicht vorgeschrie-

[1]) Art. 106 der Verf. spricht im zweiten alinea nur von Königlichen Verordnungen; die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel (vergl. Puchta Vorles. Bd. 1 p. 33 u. 34) und ist deshalb stricte zu nehmen. Andere als Königliche Verordnungen, z. B. die Erlasse der Minister, unterliegen daher rücksichtlich ihrer Gültigkeit allerdings der richterlichen Prüfung.

[2]) Herr, über die Bekanntmachung der Gesetze. Freiburg 1783.

[3]) C. C. M. Tom. II Abth. I. p. 613.

Digitized by Google

ben. Auf dem Lande mußte in jedem Dorfe ein Exemplar angeschlagen und von der Kanzel abgelesen werden. Das Landrecht (§ 11 der Einleitung) schrieb als Publikationsmodus Anschlagung an den gewöhnlichen Orten durch die Ortsbehörden und Bekanntmachung im Auszuge durch die betreffenden Provinzial-Intelligenzblätter vor. Seit Einführung der Gesetzsammlung (1810) und der Regierungs-Amtsblätter (1811) [1]) war mit dem Anfange des achten Tages, nachdem ein in der Gesetzsammlung abgedrucktes Gesetz nach Titel, Datum und Nummer in den Amtsblättern als vorhanden angezeigt, oder nachdem es seinem vollständigen Inhalte nach in die Letztere aufgenommen worden, für gehörig publicirt zu achten, wenn nicht etwa im Gesetze selbst eine vacatio bestimmt, oder der Nachweis geführt ward, daß die Gesetzsammlung oder das Amtsblatt auf gewöhnlichem oder ungewöhnlichem Wege früher bekannt geworden. Im letztern Falle trat die verbindende Kraft mit dem erweislichen Zeitpunkte der Bekanntwerdung ein. Verord. vom 28. März 1811. (G.-S. p. 165.) Decl. 14. Jan. 1813 (G.-S. p. 2.) Cab.-Ordre vom 24. Juli 1826. (G.-S. p. 73.) Diese Vorschriften sind modifizirt worden durch das Gesetz vom 3. April 1846 (G.-S. p. 151), das mit dem 1. Mai ejusd. a. in Kraft getreten und worin verordnet ist:

§ 1. Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Theil derselben bestimmt sind.

§ 2. Ist in einem durch die Gesetzsammlung verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen. Enthält aber das verkündete Gesetz eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft: in dem Regierungsbezirke Potsdam mit Berlin, mit dem achten Tage, in den Regierungsbezirken Frankfurt, Stettin, Magdeburg und Merseburg mit dem neunten Tage, in den Regierungsbezirken Stralsund, Cöslin, Posen, Breslau, Liegnitz und Erfurt mit dem eilften Tage, in den Regierungsbezirken Marienwerder, Bromberg, Oppeln und Minden mit dem zwölften Tage, in den Regierungsbezirken Danzig, Münster und Arnsberg mit dem dreizehnten Tage, in den Regierungsbezirken Königsberg und Gumbinnen, sowie in der Rheinprovinz mit dem vierzehnten Tage, nach dem Ablauf

[1]) In die Gesetzsammlungen wurden Gesetze und Verordnungen, welche mehr als ein einziges Regierungsdepartement betreffen, in die Amtsblätter aber die das Departement allein betreffenden Verordnungen aufgenommen.

Digitized by Google

desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist.

§ 3. Auch für diejenigen, welche schon früher von dem Gesetze Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit, nach demselben sich zu achten, erst mit dem § 2. bestimmten Zeitpunkte.

Die Prüfung, ob ein Gesetz gehörig publicirt sei, liegt dem Richter ex officio ob; denn sie ist ein Theil der Rechtsfindung.

C. Arten der Gesetze.

Wir haben bereits gesehen, daß nach der römischen Verfassung die Gesetze der spätern Kaiser entweder die Form von Edicten (leges edictales) oder von Rescripten hatten, daß aber auch die Decrete zu den leges generales gerechnet wurden.

In Preußen unterschied man bis 1848 zwischen schriftlichen Königl. Verordnungen in offener Form, die man Gesetz, Verordnung, Edict, Publicandum, Cabinetsordre, Reglement, Instruktion u. s. w. nannte, und zwischen verschlossenen Befehlen (lettres de cachet), welche, wenn sie vom Könige unterschrieben waren, ebenfalls Cabinetsordres, wenn sie aber von einer der höchsten Staatsbehörden ausgingen, Rescripte hießen. [1]) Die vom Könige in einzelnen Fällen oder in Ansehung einzelner Gegenstände getroffenen Verordnungen sollten zwar in anderen Fällen oder bei anderen Gegenständen als Gesetze nicht angesehen werden (§ 5 Einl. z. L.-R.); doch hat die Praxis die in denselben enthaltenen und ausgesprochenen Grundsätze stets adoptirt. Erfolgte eine authentische öffentliche Bekanntmachung, so traten solche Spezialbefehle in die Reihe der leges generales.

Gegenwärtig unterscheidet man:

1) Gesetze (im engsten Sinne): die in Uebereinstimmung mit beiden Kammern vom Könige erlassenen gesetzlichen Anordnungen.

2) Verordnungen: die auf Grund des Art. 63 der Verfassung vom Könige ohne Mitwirkung der Kammern erlassenen und vom gesammten Staatsministerium gegengezeichneten Vorschriften.

3) Erlasse (Befehle, Ordres): die auf Grund des Artikel 45 der Verf. vom Könige einseitig erlassenen und nur von einzelnen Ministern gegengezeichneten Vorschriften.

4) Verfügungen einzelner Behörden mit allgemein verbindlicher Kraft unter verschiedenen Benennungen.

---

[1]) Koch, Lehrbuch. Bd. 1 § 20.

Digitized by Google

D. Rechtsirrthum.

Unwissenheit (ignorantia) ist die gänzliche Unkenntniß einer Sache, Irrthum (error) die falsche Vorstellung von derselben. Für beide Zustände ist jedoch die juristische Beurtheilung völlig dieselbe und beide Ausdrücke werden daher meist promiscue [1]) gebraucht. Dies soll auch hier geschehen.

Nach römischem und gemeinem Recht bleibt der Irrthum im Allgemeinen unberücksichtigt, d. h. die rechtlichen Wirkungen werden schlechthin nach dem, was geschehen oder unterlassen ist, bestimmt.[2]) Nur in gewissen Fällen vermag der entschuldbare Irrthum (justus oder probabilis error), d. h. ein solcher, der nicht auf grober Nachlässigkeit beruht, gegen seine eigenen schädlichen Folgen zu schützen.[3]) Die Entschuldbarkeit wird aber stets bei dem auf Thatsachen sich beziehenden, s. g. faktischen Irrthum, ignorantia facti, präsumirt;[4]) derjenige Irrthum dagegen, welcher den Inhalt einer Rechtsregel zum Gegenstande hat (Rechtsirrthum, ignorantia juris), gilt mit Ausnahme seltener Fälle für verschuldet.[5]) In diesem Sinne ist der Ausspruch des Paulus zu verstehen: Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere: l. 9. pr. D. 22, 6. —

Der Rechtsirrthum wird berücksichtigt:[6])

1) Bei controversen Rechtssätzen[7]) oder bei zweifelhafter Anwendbarkeit einer Rechtsregel auf den concreten Fall,[8]) ferner bei

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 326.

[2]) v. Savigny System Bd. 3 p. 114. Puchta Pandecten § 57. Mühlenbruch Pandectenrecht Th. I. § 95.

[3]) v. Savigny System Bd. 3 p. 335.

[4]) Der Grund ist: „cum . . . facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.“ l. 2, D. 22, 6. v. Savigny System Bd. 3, p. 335.

[5]) Der Grund ist: „cum jus scitum et possit esse et debeat.“ l. 2. D. 22, 6. Auch ist es ja allgemeine Pflicht, die Gesetze zu kennen. l. 12. C. 1, 18. v. Savigny System Bd. 3. p. 334.

[6]) Gestützt auf l. 7 u. 8. D. 22, 6 haben manche Rechtslehrer den Satz aufgestellt: der factische Irrthum helfe ohne Unterschied, der Irrende möge sich bereichern oder nur Schaden von sich abwenden wollen; der Rechtsirrthum dagegen helfe nur in dem letzten dieser beiden Fälle, nicht in dem ersten. Diese Ansicht, der auch Mühlenbruch, Pandecten Th. I. § 96, sowie Puchta, Vorles. Bd. 1. p. 120, theilweise beigetreten sind, hat durch v. Savigny, System Bd. 3. p. 344. sq., eine gründliche Widerlegung erfahren. Nach v. Savigny's Ausführung ist es überhaupt ein fruchtloser Versuch, wenn man jene Fälle, in denen der error probabilis berücksichtigt wird, unter ein allumfassendes Prinzip bringen will.

[7]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 336 sq.

[8]) v. Savigny, System, Bd. 3. p. 338.

Digitized by Google

rein positiven Gesetzen, falls man nachzuweisen vermag, daß man nicht im Stande war, dieselben zu kennen, sowie Rechtsbelehrung zu erhalten. l. 9. § 3. D. 22, 6.

2) Bei gewissen Personen (quibus jus ignorare permissum est) und zwar:

a. bei den Minorennen im ausgedehntesten Maaße, l. 9 pr. D. 22, 6, weil sie einen allgemeinen Anspruch auf Restitution gegen alles Thun und Lassen haben, welches ihnen im erlaubten Rechtsverkehr Nachtheil bringen kann.[1]) Gegen Delicte und deren Folgen schützt sie jedoch der error juris nicht, es mögen dolose oder culpose Delicte sein, soweit die Strafbarkeit schon dem natürlichen Rechtsgefühl nicht fremd sein kann.[2])

b. bei den Frauen,

c. bei ganz rohen, ungebildeten Menschen (rusticis) und

d. bei Soldaten

in einzelnen bestimmten Fällen.[3])

3) Bei gewissen Delicten, zu deren Begriff und Thatbestand der rechtswidrige Wille, also auch das Bewußtsein der Rechtsverletzung gehört, wenn der Handelnde zwar das Strafgesetz kennt, aber durch einen Rechtsirrthum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung getäuscht wird. Der Rechtsirrthum darf sich also nicht auf das Strafgesetz selbst, wohl aber auf die Natur der Handlung beziehen. Wer z. B. dem Andern eine Sache entwendet, die er aus einem Rechtsirrthum für seine eigne hält, begeht keinen Diebstahl; § 5. Inst. 2, 6.[4])

Das preuß. Landrecht läßt in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht den Irrthum in den meisten Fällen unberücksichtigt; doch wird von ihm die Rechtsunwissenheit mit noch weniger Nachsicht, als vom römischen Recht behandelt, indem es den allgemeinen Satz aufstellt: Es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen. § 12 der Einl. Nur in folgenden wenigen Ausnahmen findet dennoch der Rechtsirrthum eine gewisse Berücksichtigung:

1) Wenn vorhin erlaubte oder als gleichgültig angesehene Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten worden; § 13 der Einl.[5])

---

[1]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 431, läßt Minderjährige sogar usucapiren, auch wenn ihr Besitztitel mit einem Rechtsirrthum in Verbindung steht. Hiergegen erklärt sich Puchta Vorl. Bd. 1. p. 121.

[2]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 431.

[3]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 432—440. v. Holzschuher, Theorie Bd. 1. p. 313 und 314.

[4]) v. Savigny, System, Bd. 3. p. 388 sq.

[5]) Aehnlich wie im römischen Rechte.

Digitized by Google

2) wenn der Erbe seine Erklärung über Antritt oder Entsagung der Erbschaft aus Versehen beim incompetenten Richter angebracht hat, § 393, I, 9. L.-R.

3) wenn zur Unterbrechung der Verjährung die Klage beim incompetenten Richter angemeldet worden §§ 551—553, I, 9. L.-R.

4) wenn Jemand, vertrauend auf die Rechtskenntniß der Hypothekenbuchführer, bei einer fehlerhaften Eintragung sich beruhigt hat. §§ 430, I, 20. L.-R.

5) beim unrechtfertigen Besitzer § 223 in Verbindung mit § 229, I, 7. §§ 232, 239 und 240 h. t. §§ 161 und 162, I, 7. L.-R.

6) im Falle der condictio indebiti. Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 19. Oct. 1840. (Entscheid. Bd. 6. p. 399).[1])

2) Gewohnheitsrecht. (Jus longa consuetudine introductum.)[2])

Wir haben das Gewohnheitsrecht als dasjenige Recht bezeichnet, welches unmittelbar aus der Volksüberzeugung geflossen und durch Uebung erkennbar geworden ist. Es beruht nicht auf einer äußeren Autorität, wie das promulgirte Recht, welches die Volksüberzeugung nur zu seiner mittelbaren Quelle hat. Man unterscheidet

1) Landes- und Ortsgewohnheiten, 2) Standesgewohnheiten, wohin namentlich die s. g. Handelsusancen gehören und 3) Observanzen.

Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts und Bedingungen seiner Gültigkeit sind:[3])

1) Häufige Uebung l. 1 C. 8, 53 l. 3 C. 8, 10. Manche Rechtslehrer halten schon einen einzigen Act, andere zwei Handlungen für hinreichend; die neuere den Vorzug verdienende Ansicht, welche unter andern v. Savigny vertritt, erfordert schlechthin Frequenz und überläßt Alles dem Ermessen des Richters[4]) l. 3 § 6 D. 22, 5.

---

[1]) Nach röm. Recht streitet man darüber, ob die condictio indebiti auch bei einem Rechtsirrthum statthaft sei.

[2]) Dig. (1, 3) de legibus etc. Cod. (8, 53) quae sit longa consuetudo, Publ. Pat. zum Allgemeinen preuß. Landrecht vom 5. Febr. 1784 Art. III sq. Einleitung zum preuß. Landrecht §§ 2 sq. Die wichtigsten Monographien über Gewohnheitsrecht sind: G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht 2 Bde. Erlangen 1828. 1837. G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht. Leipz. 1843.

[3]) Das preuß. Recht enthält hierüber keine Bestimmungen; sie müssen daher aus dem gemeinen Rechte ergänzt werden.

[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 171, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 12.

Digitized by Google

2) Gleichförmige Uebung. Daß nicht blos gleiche, sondern auch analoge Handlungen geeignet sind, wird von einzelnen Rechtslehrern zwar bestritten, von den Meisten jedoch angenommen[1]), weil l. 1. C. 8, 53 nur von eodem controversarum genere spricht.

3) Ununterbrochene Uebung, d. h. die Gewohnheit wird gestört, wenn zwischen den gleichförmigen Handlungen andere auf entgegengesetzter Regel beruhende vorgekommen sind. Diese Bestimmung hält v. Savigny für unbedenklich; anderer Meinung scheint v. Holzschuher zu sein.[2])

4) Langjährige Uebung (Vetustas) l. 35. D. 1, 3. Die Länge der Zeit war früher sehr bestritten. Einige forderten 100 Jahre, Andere nahmen die gewöhnliche Verjährungsfrist an. Jetzt lassen die Meisten richterliches Arbitrium eintreten.[3])

5) Oeffentliche Uebung. Zu denen, die dies Requisit aufstellen, gehört Mühlenbruch[4]); Andere verwerfen es, z. B. v. Savigny, welcher nur zugiebt, daß manche einzelne Handlung durch ihre Oeffentlichkeit zur Darlegung eines Gewohnheitsrechts besonders tauglich; manche andere durch ihre Versteckheit dazu ungeschickt sein kann.[5]) Koch statuirt jenes Erforderniß speciell für das preuß. Recht.[6])

6) Uebung opinione necessitatis, d. h. die Handlungen müssen in dem Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit, in der Ueberzeugung, daß den Handlungen wirklich ein Rechtssatz zum Grunde liege, vorgenommen worden sein; sie dürfen daher nach der gemeinen Annahme nicht auf einem Irrthum beruhen.[7])

7) Die Gewohnheit muß vernunftgemäß (rationabilis) sein. Diese Bedingung wird von Manchen dahin verstanden, daß die Gewohnheit nicht geradezu den göttlichen Vorschriften, den guten Sitten oder der öffentlichen Wohlfahrt widersprechen dürfe.[8]) v. Savigny sagt, sie müsse aus dem Bedürfnisse unserer Verhältnisse hervorgegangen sein; denn dann habe sie die ratio, die necessitatis opinio zur Grundlage.[9])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 15.
[2]) v. Savigny System Bd. 1 p. 172, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 14.
[3]) v. Savigny System Bd. 1 p. 172, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 14.
[4]) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts Th. I § 38.
[5]) v. Savigny System Bd. 1 p. 180.
[6]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 28.
[7]) v. Savigny System Bd. 1 p. 174.
[8]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 13, Puchta Institutionen Bd. 1. p. 40.
[9]) v. Savigny System Bd. 1 p. 180.

Digitized by Google

8) Richterliche Urtheile sind zur Darlegung eines Gewohnheitsrechts zwar tauglich, aber nicht nothwendig. Die Unentbehrlichkeit derselben ist mit Unrecht behauptet worden.[1])

Nach röm. und gemein. Rechte hat, der richtigen Meinung zufolge,[2]) der Richter die Gewohnheit, welche in Frage steht, ex officio zu erforschen. l. 34 und 37, D. 1, 3. Als Beweismittel gelten: Zeugnisse der Obrigkeiten, der Vorstände und Glieder des betreffenden Collegiums, Weisthümer, richterliche Erkenntnisse, in denen ein Gewohnheitsrecht als vorhanden anerkannt ist, Zeugnisse der Sachkundigen und Eidesdelation über die zur Darlegung des Gewohnheitsrechts geeigneten Thatsachen, von denen der Schwörende Wissenschaft hat oder haben kann. Das Gewohnheitsrecht ist übrigens weniger Gegenstand eines eigentlichen Beweises, seine Erforschung geschieht vielmehr durch richterliche Reflexion. Diese Grundsätze erscheinen auch für das preuß. Recht als maaßgebend; denn § 55. I, 10. A. G.-O., wonach streitige Observanzen und Gewohnheiten gleich andern bestrittenen Thatsachen durch Beweisaufnehmung in's Licht gesetzt werden sollen, hat zweifelsohne nicht das Gewohnheitsrecht im Allgemeinen, sondern eben nur einen speciellen Theil des Gewohnheitsrechts: die Observanzen, im Sinne.

Nach röm. und gemein. Rechte steht fest, daß zur Erläuterung und Ergänzung der Gesetze (praeter oder extra legem) Gewohnheitsrecht (consuetudo introductiva und interpretativa) sich bilden kann und daß alsdann sein Ansehn dem des promulgirten Rechts ganz gleich kommt. Dagegen ist es sehr controvers, ob das Gewohnheitsrecht auch contra legem entstehen kann, ob es also die Kraft hat, gesetzliche Vorschriften aufzuheben, und ob, wenn das Gewohnheitsrecht mit einem Gesetze im Widerstreit steht, jederzeit dem neueren unter diesen beiden Rechten der Vorzug gebührt. Die Zweifel sind erregt durch l. 2. C. 8, 53: „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.“ Hierdurch wird anscheinend verordnet, daß Gewohnheiten nur gelten sollen zur Ergänzung der Gesetze, aber nicht zur Abänderung oder Aufhebung derselben. v. Savigny versteht jedoch diese Stelle dahin, daß örtliche Gewohnheiten nicht gelten sollen, wenn sie mit dem Staatsinteresse im Widerspruch stehen, möge nun dieses durch ein (früheres oder späteres) Landesgesetz anerkannt sein

---

[1]) v. Savigny Bd. 1 p. 173.

[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 186. Anderer Meinung ist unter Andern Mühlenbruch, Pandecten Th. I. § 39 ebenso v. Madai a. a. O.

Digitized by Google

oder nicht. [1]) Er stellt in Folge dessen nachstehende Grundsätze auf: Im Falle des Conflictes zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetz geht in der Regel dasjenige von beiden vor, welches das neuere ist. Gesetze können also durch neueres Gewohnheitsrecht nicht nur modifizirt, sondern auch außer Kraft gesetzt werden. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn eine particuläre Gewohnheit entweder mit dem Staatsinteresse oder mit einem absoluten allgemeinen Landesgesetz im Widerstreit ist. [2]) Mühlenbruch nimmt an, daß überhaupt keine Gewohnheit gegen s. g. absolute Gesetze aufkommen dürfe und beruft sich auf l. 1. pr. D. 22, 1, welche jedoch von anderen Autoritäten gar nicht auf Gewohnheitsrecht bezogen wird. [3]) — Manche Rechtslehrer unterscheiden zwischen der Abschaffung eines Gesetzes durch bloßen Nichtgebrauch (desuetudo) und der Verdrängung desselben durch ein Gewohnheitsrecht, welches eine andere Regel an die Stelle setzt (consuetudo obrogatoria). Sie halten nur die Letztere für zulässig. Hiergegen bemerkt v. Savigny mit Recht, daß die desuetudo niemals reine Negation sei, sondern immer zugleich eine positive Seite habe und sich von dieser als consuetudo obrogatoria darstelle, nur dürfe man bei der desuetudo nicht an eine längere Nichtanwendung des Gesetzes denken, die bloß in dem Mangel zur Anwendung geeigneter Fälle ihren Grund habe. [4])

Das preußische Landrecht hat das bisher geltende allgemeine Gewohnheitsrecht aufgehoben. Das particulare Gewohnheitsrecht sollte, wie schon erwähnt ist, gesammelt und binnen zwei Jahren, soweit es tauglich wäre, in Provinzialgesetzbüchern zusammengestellt werden. Bis dies geschehen, gebührt dem particulären Gewohnheitsrecht, soweit es nicht das öffentliche Recht berührt, durchweg der Vorzug vor dem nur in subsidium geltenden Landrecht. Von der Publication jener Provinzialgesetzbücher an, kommt dieser Vorzug nur dem in dieselben aufgenommenen Gewohnheitsrechte zu und das nicht aufgenommene soll nur gelten, wenn das Landrecht selbst an einzelnen Stellen darauf verweist oder durch das nicht aufgenommene Gewohnheitsrecht ergänzt wird. Art. 3 — 7 des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794; § 4 der Einl. z. Allg. L.-R. Neues Gewohnheitsrecht kann sich seit Einführung des preuß. Landr. gar nicht mehr bilden, § 60 der Einl.: „So wenig durch Gewohnheiten neue Gesetze eingeführt werden können ꝛc." [5]) Nach der in

[1]) v. Savigny System Bd. 1 p. 424.
[2]) v. Savigny System Bd. 1 p. 82, 194 und 195.
[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I § 38.
[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 195.
[5]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 29. vergl. auch Bornemann System 2. Ausgabe, Bd. 1. p. 32. sq.

Digitized by Google

dem Erkenntnisse v. 6. Jan. 1843 ausgesprochenen Ansicht des Geheimen Ober-Tribunals findet jedoch seit dem 1. Juni 1794 nur die Bildung eines von den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts abweichenden neuen Gewohnheitsrechts nicht mehr statt und auch nur in sofern, als das Landrecht nicht selbst bei der betreffenden Materie auf das Gewohnheitsrecht verwiesen hat. Jur. Wochenschr. 1843. S. 537.

Wir haben noch der Observanz insbesondere zu gedenken. Ihr Begriff ist überaus streitig, scheint sich jedoch jetzt dahin fixirt zu haben, daß man unter ihr stillschweigende, in der Uebung sich darlegende Satzungen einer Corporation versteht, welche als Aeußerung der Autonomie anzusehen sind.[1]) Die Observanz ist somit das particuläre Gewohnheitsrecht einer begrenzten Klasse von Personen; ihre Grundlage die persönliche Particularität im Gegensatz der localen.[2]) Die Meinung, daß die Redaktoren des Allg. Landr zwischen Gewohnheitsrecht und Observanz nicht unterschieden hätten, ist verwerflich.[3])

Die Unkenntniß des Gewohnheitsrechts wird gemeinrechtlich dem error facti beigezählt l. 1. de constitut. in VIto. (1. 2.)[4]) Dieser Satz hat auch für Preußen in Ansehung des noch nicht in Provinzial-Gesetzbüchern gesammelten Gewohnheitsrechts Geltung, da nach § 12. der Einl. zum A. L.-R. nur die Unkenntniß eines „gehörig publicirten Gesetzes" nicht verziehen wird.

3) Wissenschaftliches oder s. g. Juristenrecht.

Wir haben bereits gesagt, daß darunter im Allgemeinen dasjenige Recht zu verstehen ist, welches auf der Rechtswissenschaft beruht und sich von dem Gewohnheitsrechte dadurch unterscheidet, daß es nicht wie dieses unmittelbar aus der Ueberzeugung und den Ansichten des Volkes, sondern vielmehr aus den Ansichten derer entsprungen ist, die sich mit dem Rechte beschäftigen. Hierher ist die rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas zu rechnen, welche man als materiellen Theil des usus fori ansieht, dessen anderer Theil die Gewohnheit in Betreff des formellen Verkehrs bei einem Gerichtshofe (stylus

---

[1]) Observanz unterscheidet sich von der Verjährung darin, daß Letztere Recht im subj. Sinne (facultas), Erstere Recht im object. Sinne (lex) wirkt.

[2]) Puchta Cursus u. s. w. Bd. 1 p. 54. v. Savigny System Bd. 1 p. 98. Mühlenbruch Pandecten Th. I § 40. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 10.

[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 29.

[4]) Dieser Satz ist streitig. v. Savigny System Bd. 3 p. 337. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 20.

Digitized by Google

curiae) sei. Manche zählen beide Theile zu den Observanzen, so z. B. Mühlenbruch.[1]) In ähnlicher Weise versteht Puchta unter usus fori die gerichtliche Uebung eines Satzes des Gewohnheitsrechts.[2]) Jedenfalls sind Praxis, Gerichtsgebrauch, usus fori, überaus vage Begriffe. — In wie weit die rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas im röm. und gemein. Recht Gesetzeskraft hat, ist streitig. L. 38. D. 1, 3. verordnet in dieser Beziehung: In ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. Vergl. dagegen u. A. l. 13. C. 7, 45. — Das preuß. Landrecht bestimmt wörtlich: „auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." § 6 der Einl. Zunächst sind unter älteren Aussprüchen der Richter Präjudicate und nicht etwa res judicatae gemeint. Sodann hat jene Gesetzesstelle auch nur den Sinn, daß Präjudicaten und Meinungen der Rechtslehrer keine bindende Kraft beizulegen sei; dem Einflusse der Wissenschaft und älterer Rechtssprüche auf die Ueberzeugung des Richters hat dadurch nicht entgegengewirkt werden sollen.[3]) In neuerer Zeit ist sogar unzweideutig die den Aussprüchen des höchsten preuß. Gerichtshofes gebührende Autorität durch die zum Zweck der Herstellung einer Einheit der Rechtsgrundsätze erlassene Cab.-Ordre vom 1. Aug. 1836 anerkannt worden. G.-S. 1836. p. 218.

Kehren wir noch einmal zur s. g. gemeinrechtlichen Praxis zurück. Dieselbe beruht wesentlich auf den Aussprüchen der ehemaligen höchsten Reichsgerichte, sowie auch — vorausgesetzt, daß diese nicht bloß partikuläres Recht berücksichtigen — auf den Urtheilen der höchsten Territorialgerichte; gleiches Ansehen genießen die Urtheile der Spruchcollegien und die von den Doctoren ertheilten Rechtsbelehrungen, welche zu suchen die ungelehrten Richter durch die Reichsgesetze gehalten waren. In Beziehung auf diese Rechtsbelehrungen spricht man von einer communis doctorum opinio, welche manche Rechtslehrer, wiewohl mit Unrecht, dem promulgirten Rechte gleich achteten. —

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. 1 § 40.
[2]) Puchta Institt. Bd. 1 p. 38.
[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 31, 32. v. Savigny System Bd. 1 p. 198.

Digitized by Google

ben. Auf dem Lande mußte in jedem Dorfe ein Exemplar angeschlagen und von der Kanzel abgelesen werden. Das Landrecht (§ 11 der Einleitung) schrieb als Publikationsmodus Anschlagung an den gewöhnlichen Orten durch die Ortsbehörden und Bekanntmachung im Auszuge durch die betreffenden Provinzial-Intelligenzblätter vor. Seit Einführung der Gesetzsammlung (1810) und der Regierungs-Amtsblätter (1811) [1]) war mit dem Anfange des achten Tages, nachdem ein in der Gesetzsammlung abgedrucktes Gesetz nach Titel, Datum und Nummer in den Amtsblättern als vorhanden angezeigt, oder nachdem es seinem vollständigen Inhalte nach in die Letztere aufgenommen worden, für gehörig publicirt zu achten, wenn nicht etwa im Gesetze selbst eine vacatio bestimmt, oder der Nachweis geführt ward, daß die Gesetzsammlung oder das Amtsblatt auf gewöhnlichem oder ungewöhnlichem Wege früher bekannt geworden. Im letztern Falle trat die verbindende Kraft mit dem erweislichen Zeitpunkte der Bekanntwerdung ein. Verord. vom 28. März 1811. (G.-S. p. 165.) Decl. 14. Jan. 1813 (G.-S. p. 2.) Cab.-Ordre vom 24. Juli 1826. (G.-S. p. 73.) Diese Vorschriften sind modifizirt worden durch das Gesetz vom 3. April 1846 (G.-S. p. 151), das mit dem 1. Mai ejusd. a. in Kraft getreten und worin verordnet ist:

§ 1. Landesherrliche Erlasse, welche Gesetzeskraft erhalten sollen, erlangen dieselbe nur durch die Aufnahme in die Gesetzsammlung, ohne Unterschied, ob sie für die ganze Monarchie oder für einen Theil derselben bestimmt sind.

§ 2. Ist in einem durch die Gesetzsammlung verkündeten Erlasse der Zeitpunkt bestimmt, mit welchem derselbe in Kraft treten soll, so ist der Anfang seiner Gesetzeskraft nach dieser Bestimmung zu beurtheilen. Enthält aber das verkündete Gesetz eine solche Zeitbestimmung nicht, so beginnt dessen Gesetzeskraft: in dem Regierungsbezirke Potsdam mit Berlin, mit dem achten Tage, in den Regierungsbezirken Frankfurt, Stettin, Magdeburg und Merseburg mit dem neunten Tage, in den Regierungsbezirken Stralsund, Cöslin, Posen, Breslau, Liegnitz und Erfurt mit dem eilften Tage, in den Regierungsbezirken Marienwerder, Bromberg, Oppeln und Minden mit dem zwölften Tage, in den Regierungsbezirken Danzig, Münster und Arnsberg mit dem dreizehnten Tage, in den Regierungsbezirken Königsberg und Gumbinnen, sowie in der Rheinprovinz mit dem vierzehnten Tage, nach dem Ablauf

[1]) In die Gesetzsammlungen wurden Gesetze und Verordnungen, welche mehr als ein einziges Regierungsdepartement betreffen, in die Amtsblätter aber die das Departement allein betreffenden Verordnungen aufgenommen.

Digitized by Google

desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück der Gesetzsammlung in Berlin ausgegeben worden ist.

§ 3. Auch für diejenigen, welche schon früher von dem Gesetze Kenntniß erhalten haben, beginnt die Verbindlichkeit, nach demselben sich zu achten, erst mit dem § 2. bestimmten Zeitpunkte.

Die Prüfung, ob ein Gesetz gehörig publicirt sei, liegt dem Richter ex officio ob; denn sie ist ein Theil der Rechtsfindung.

C. Arten der Gesetze.

Wir haben bereits gesehen, daß nach der römischen Verfassung die Gesetze der spätern Kaiser entweder die Form von Edicten (leges edictales) oder von Rescripten hatten, daß aber auch die Decrete zu den leges generales gerechnet wurden.

In Preußen unterschied man bis 1848 zwischen schriftlichen Königl. Verordnungen in offener Form, die man Gesetz, Verordnung, Edict, Publicandum, Cabinetsordre, Reglement, Instruktion u. s. w. nannte, und zwischen verschlossenen Befehlen (lettres de cachet), welche, wenn sie vom Könige unterschrieben waren, ebenfalls Cabinetsordres, wenn sie aber von einer der höchsten Staatsbehörden ausgingen, Rescripte hießen. [1]) Die vom Könige in einzelnen Fällen oder in Ansehung einzelner Gegenstände getroffenen Verordnungen sollten zwar in anderen Fällen oder bei anderen Gegenständen als Gesetze nicht angesehen werden (§ 5 Einl. z. L.-R.); doch hat die Praxis die in denselben enthaltenen und ausgesprochenen Grundsätze stets adoptirt. Erfolgte eine authentische öffentliche Bekanntmachung, so traten solche Spezialbefehle in die Reihe der leges generales.

Gegenwärtig unterscheidet man:

1) Gesetze (im engsten Sinne): die in Uebereinstimmung mit beiden Kammern vom Könige erlassenen gesetzlichen Anordnungen.

2) Verordnungen: die auf Grund des Art. 63 der Verfassung vom Könige ohne Mitwirkung der Kammern erlassenen und vom gesammten Staatsministerium gegengezeichneten Vorschriften.

3) Erlasse (Befehle, Ordres): die auf Grund des Artikel 45 der Verf. vom Könige einseitig erlassenen und nur von einzelnen Ministern gegengezeichneten Vorschriften.

4) Verfügungen einzelner Behörden mit allgemein verbindlicher Kraft unter verschiedenen Benennungen.

---

[1]) Koch, Lehrbuch. Bd. 1 § 20.

Digitized by Google

D. Rechtsirrthum.

Unwissenheit (ignorantia) ist die gänzliche Unkenntniß einer Sache, Irrthum (error) die falsche Vorstellung von derselben. Für beide Zustände ist jedoch die juristische Beurtheilung völlig dieselbe und beide Ausdrücke werden daher meist promiscue [1]) gebraucht. Dies soll auch hier geschehen.

Nach römischem und gemeinem Recht bleibt der Irrthum im Allgemeinen unberücksichtigt, d. h. die rechtlichen Wirkungen werden schlechthin nach dem, was geschehen oder unterlassen ist, bestimmt.[2]) Nur in gewissen Fällen vermag der entschuldbare Irrthum (justus oder probabilis error), d. h. ein solcher, der nicht auf grober Nachlässigkeit beruht, gegen seine eigenen schädlichen Folgen zu schützen.[3]) Die Entschuldbarkeit wird aber stets bei dem auf Thatsachen sich beziehenden, s. g. faktischen Irrthum, ignorantia facti, präsumirt;[4]) derjenige Irrthum dagegen, welcher den Inhalt einer Rechtsregel zum Gegenstande hat (Rechtsirrthum, ignorantia juris), gilt mit Ausnahme seltener Fälle für verschuldet.[5]) In diesem Sinne ist der Ausspruch des Paulus zu verstehen: Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere: l. 9. pr. D. 22, 6. —

Der Rechtsirrthum wird berücksichtigt:[6])

1) Bei controversen Rechtssätzen[7]) oder bei zweifelhafter Anwendbarkeit einer Rechtsregel auf den concreten Fall,[8]) ferner bei

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 326.

[2]) v. Savigny System Bd. 3 p. 114. Puchta Pandecten § 57. Mühlenbruch Pandectenrecht Th. I. § 95.

[3]) v. Savigny System Bd. 3 p. 335.

[4]) Der Grund ist: „cum . . . facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.“ l. 2, D. 22, 6. v. Savigny System Bd. 3, p. 335.

[5]) Der Grund ist: „cum jus finitum et possit esse et debeat.“ l. 2. D. 22, 6. Auch ist es ja allgemeine Pflicht, die Gesetze zu kennen. l. 12. C. 1, 18. v. Savigny System Bd. 3. p. 334.

[6]) Gestützt auf l. 7 u. 8. D. 22, 6 haben manche Rechtslehrer den Satz aufgestellt: der factische Irrthum helfe ohne Unterschied, der Irrende möge sich bereichern oder nur Schaden von sich abwenden wollen; der Rechtsirrthum dagegen helfe nur in dem letzten dieser beiden Fälle, nicht in dem ersten. Diese Ansicht, der auch Mühlenbruch, Pandecten Th. I. § 96, sowie Puchta, Vorles. Bd. 1. p. 120, theilweise beigetreten sind, hat durch v. Savigny, System Bd. 3. p. 344. sq., eine gründliche Widerlegung erfahren. Nach v. Savigny's Ausführung ist es überhaupt ein fruchtloser Versuch, wenn man jene Fälle, in denen der error probabilis berücksichtigt wird, unter ein allumfassendes Prinzip bringen will.

[7]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 336 sq.

[8]) v. Savigny, System, Bd. 3. p. 338.

Digitized by Google

rein positiven Gesetzen, falls man nachzuweisen vermag, daß man nicht im Stande war, dieselben zu kennen, sowie Rechtsbelehrung zu erhalten. l. 9. § 3. D. 22, 6.

2) Bei gewissen Personen (quibus jus ignorare permissum est) und zwar:

a. bei den Minorennen im ausgedehntesten Maaße, l. 9 pr. D. 22, 6, weil sie einen allgemeinen Anspruch auf Restitution gegen alles Thun und Lassen haben, welches ihnen im erlaubten Rechtsverkehr Nachtheil bringen kann.[1]) Gegen Delicte und deren Folgen schützt sie jedoch der error juris nicht, es mögen dolose oder culpose Delicte sein, soweit die Strafbarkeit schon dem natürlichen Rechtsgefühl nicht fremd sein kann.[2])

b. bei den Frauen,

c. bei ganz rohen, ungebildeten Menschen (rusticis) und

d. bei Soldaten

in einzelnen bestimmten Fällen.[3])

3) Bei gewissen Delicten, zu deren Begriff und Thatbestand der rechtswidrige Wille, also auch das Bewußtsein der Rechtsverletzung gehört, wenn der Handelnde zwar das Strafgesetz kennt, aber durch einen Rechtsirrthum über die strafbare Beschaffenheit seiner Handlung getäuscht wird. Der Rechtsirrthum darf sich also nicht auf das Strafgesetz selbst, wohl aber auf die Natur der Handlung beziehen. Wer z. B. dem Andern eine Sache entwendet, die er aus einem Rechtsirrthum für seine eigne hält, begeht keinen Diebstahl; § 5. Inst. 2, 6.[4])

Das preuß. Landrecht läßt in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht den Irrthum in den meisten Fällen unberücksichtigt; doch wird von ihm die Rechtsunwissenheit mit noch weniger Nachsicht, als vom römischen Recht behandelt, indem es den allgemeinen Satz aufstellt: Es kann sich Niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen. § 12 der Einl. Nur in folgenden wenigen Ausnahmen findet dennoch der Rechtsirrthum eine gewisse Berücksichtigung:

1) Wenn vorhin erlaubte oder als gleichgültig angesehene Handlungen durch Strafgesetze eingeschränkt oder verboten worden; § 13 der Einl.[5])

---

[1]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 431, läßt Minderjährige sogar usucapiren, auch wenn ihr Besitztitel mit einem Rechtsirrthum in Verbindung steht. Hiergegen erklärt sich Puchta Vorl. Bd. 1. p. 121.

[2]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 431.

[3]) v. Savigny, System Bd. 3. p. 432—440. v. Holzschuher, Theorie Bd. 1. p. 313 und 314.

[4]) v. Savigny, System, Bd. 3. p. 388 sq.

[5]) Aehnlich wie im römischen Rechte.

Digitized by Google

2) wenn der Erbe seine Erklärung über Antritt oder Entsagung der Erbschaft aus Versehen beim incompetenten Richter angebracht hat, § 393, I, 9. L.-R.

3) wenn zur Unterbrechung der Verjährung die Klage beim incompetenten Richter angemeldet worden §§ 551—553, I, 9. L.-R.

4) wenn Jemand, vertrauend auf die Rechtskenntniß der Hypothekenbuchführer, bei einer fehlerhaften Eintragung sich beruhigt hat. §§ 430, I, 20. L.-R.

5) beim unrechtfertigen Besitzer § 223 in Verbindung mit § 229, I, 7. §§ 232, 239 und 240 h. t. §§ 161 und 162, I, 7. L.-R.

6) im Falle der condictio indebiti. Plenarbeschluß des Geh. Ob. Trib. v. 19. Oct. 1840. (Entscheid. Bd. 6. p. 399).[1])

2) Gewohnheitsrecht. (Jus longa consuetudine introductum.)[2])

Wir haben das Gewohnheitsrecht als dasjenige Recht bezeichnet, welches unmittelbar aus der Volksüberzeugung geflossen und durch Uebung erkennbar geworden ist. Es beruht nicht auf einer äußeren Autorität, wie das promulgirte Recht, welches die Volksüberzeugung nur zu seiner mittelbaren Quelle hat. Man unterscheidet

1) Landes- und Ortsgewohnheiten, 2) Standesgewohnheiten, wohin namentlich die s. g. Handelsusancen gehören und 3) Observanzen.

Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts und Bedingungen seiner Gültigkeit sind:[3])

1) Häufige Uebung l. 1 C. 8, 53 l. 3 C. 8, 10. Manche Rechtslehrer halten schon einen einzigen Act, andere zwei Handlungen für hinreichend; die neuere den Vorzug verdienende Ansicht, welche unter andern v. Savigny vertritt, erfordert schlechthin Frequenz und überläßt Alles dem Ermessen des Richters[4]) l. 3 § 6 D. 22, 5.

---

[1]) Nach röm. Recht streitet man darüber, ob die condictio indebiti auch bei einem Rechtsirrthum statthaft sei.

[2]) Dig. (1, 3) de legibus etc. Cod. (8, 53) quae sit longa consuetudo, Publ. Pat. zum Allgemeinen preuß. Landrecht vom 5. Febr. 1784 Art. III sq. Einleitung zum preuß. Landrecht §§ 2 sq. Die wichtigsten Monographien über Gewohnheitsrecht sind: G. F. Puchta das Gewohnheitsrecht 2 Bde. Erlangen 1828. 1837. G. Beseler Volksrecht und Juristenrecht. Leipz. 1843.

[3]) Das preuß. Recht enthält hierüber keine Bestimmungen; sie müssen daher aus dem gemeinen Rechte ergänzt werden.

[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 171, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 12.

Digitized by Google

2) Gleichförmige Uebung. Daß nicht blos gleiche, sondern auch analoge Handlungen geeignet sind, wird von einzelnen Rechtslehrern zwar bestritten, von den Meisten jedoch angenommen[1]), weil l. 1. C. 8, 53 nur von eodem controversarum genere spricht.

3) Ununterbrochene Uebung, d. h. die Gewohnheit wird gestört, wenn zwischen den gleichförmigen Handlungen andere auf entgegengesetzter Regel beruhende vorgekommen sind. Diese Bestimmung hält v. Savigny für unbedenklich; anderer Meinung scheint v. Holzschuher zu sein.[2])

4) Langjährige Uebung (Vetustas) l. 35. D. 1, 3. Die Länge der Zeit war früher sehr bestritten. Einige forderten 100 Jahre, Andere nahmen die gewöhnliche Verjährungsfrist an. Jetzt lassen die Meisten richterliches Arbitrium eintreten.[3])

5) Oeffentliche Uebung. Zu denen, die dies Requisit aufstellen, gehört Mühlenbruch[4]); Andere verwerfen es, z. B. v. Savigny, welcher nur zugiebt, daß manche einzelne Handlung durch ihre Oeffentlichkeit zur Darlegung eines Gewohnheitsrechts besonders tauglich; manche andere durch ihre Versteckheit dazu ungeschickt sein kann.[5]) Koch statuirt jenes Erforderniß speciell für das preuß. Recht.[6])

6) Uebung opinione necessitatis, d. h. die Handlungen müssen in dem Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit, in der Ueberzeugung, daß den Handlungen wirklich ein Rechtssatz zum Grunde liege, vorgenommen worden sein; sie dürfen daher nach der gemeinen Annahme nicht auf einem Irrthum beruhen.[7])

7) Die Gewohnheit muß vernunftgemäß (rationabilis) sein. Diese Bedingung wird von Manchen dahin verstanden, daß die Gewohnheit nicht geradezu den göttlichen Vorschriften, den guten Sitten oder der öffentlichen Wohlfahrt widersprechen dürfe.[8]) v. Savigny sagt, sie müsse aus dem Bedürfnisse unserer Verhältnisse hervorgegangen sein; denn dann habe sie die ratio, die necessitatis opinio zur Grundlage.[9])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 15.
[2]) v. Savigny System Bd. 1 p. 172, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 14.
[3]) v. Savigny System Bd. 1 p. 172, v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 14.
[4]) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts Th. I § 38.
[5]) v. Savigny System Bd. 1 p. 180.
[6]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 28.
[7]) v. Savigny System Bd. 1 p. 174.
[8]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 13, Puchta Institutionen Bd. 1. p. 40.
[9]) v. Savigny System Bd. 1 p. 180.

Digitized by Google

8) Richterliche Urtheile sind zur Darlegung eines Gewohnheitsrechts zwar tauglich, aber nicht nothwendig. Die Unentbehrlichkeit derselben ist mit Unrecht behauptet worden. [1])

Nach röm. und gemein. Rechte hat, der richtigen Meinung zufolge, [2]) der Richter die Gewohnheit, welche in Frage steht, ex officio zu erforschen. l. 34 und 37, D. 1, 3. Als Beweismittel gelten: Zeugnisse der Obrigkeiten, der Vorstände und Glieder des betreffenden Collegiums, Weisthümer, richterliche Erkenntnisse, in denen ein Gewohnheitsrecht als vorhanden anerkannt ist, Zeugnisse der Sachkundigen und Eidesdelation über die zur Darlegung des Gewohnheitsrechts geeigneten Thatsachen, von denen der Schwörende Wissenschaft hat oder haben kann. Das Gewohnheitsrecht ist übrigens weniger Gegenstand eines eigentlichen Beweises, seine Erforschung geschieht vielmehr durch richterliche Reflexion. Diese Grundsätze erscheinen auch für das preuß. Recht als maaßgebend; denn § 55. I, 10. A. G.-O., wonach streitige Observanzen und Gewohnheiten gleich andern bestrittenen Thatsachen durch Beweisaufnehmung in's Licht gesetzt werden sollen, hat zweifelsohne nicht das Gewohnheitsrecht im Allgemeinen, sondern eben nur einen speciellen Theil des Gewohnheitsrechts: die Observanzen, im Sinne.

Nach röm. und gemein. Rechte steht fest, daß zur Erläuterung und Ergänzung der Gesetze (praeter oder extra legem) Gewohnheitsrecht (consuetudo introductiva und interpretativa) sich bilden kann und daß alsdann sein Ansehn dem des promulgirten Rechts ganz gleich kommt. Dagegen ist es sehr controvers, ob das Gewohnheitsrecht auch contra legem entstehen kann, ob es also die Kraft hat, gesetzliche Vorschriften aufzuheben, und ob, wenn das Gewohnheitsrecht mit einem Gesetze im Widerstreit steht, jederzeit dem neueren unter diesen beiden Rechten der Vorzug gebührt. Die Zweifel sind erregt durch l. 2. C. 8, 53: „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.“ Hierdurch wird anscheinend verordnet, daß Gewohnheiten nur gelten sollen zur Ergänzung der Gesetze, aber nicht zur Abänderung oder Aufhebung derselben. v. Savigny versteht jedoch diese Stelle dahin, daß örtliche Gewohnheiten nicht gelten sollen, wenn sie mit dem Staatsinteresse im Widerspruch stehen, möge nun dieses durch ein (früheres oder späteres) Landesgesetz anerkannt sein

[1]) v. Savigny Bd. 1 p. 173.

[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 186. Anderer Meinung ist unter Andern Mühlenbruch, Pandecten Th. I. § 39 ebenso v. Madai a. a. O.

Digitized by Google

oder nicht. [1]) Er stellt in Folge dessen nachstehende Grundsätze auf: Im Falle des Conflictes zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetz geht in der Regel dasjenige von beiden vor, welches das neuere ist. Gesetze können also durch neueres Gewohnheitsrecht nicht nur modifizirt, sondern auch außer Kraft gesetzt werden. Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn eine particuläre Gewohnheit entweder mit dem Staatsinteresse oder mit einem absoluten allgemeinen Landesgesetz im Widerstreit ist. [2]) Mühlenbruch nimmt an, daß überhaupt keine Gewohnheit gegen s. g. absolute Gesetze aufkommen dürfe und beruft sich auf l. 1. pr. D. 22, 1, welche jedoch von anderen Autoritäten gar nicht auf Gewohnheitsrecht bezogen wird. [3]) — Manche Rechtslehrer unterscheiden zwischen der Abschaffung eines Gesetzes durch bloßen Nichtgebrauch (desuetudo) und der Verdrängung desselben durch ein Gewohnheitsrecht, welches eine andere Regel an die Stelle setzt (consuetudo obrogatoria). Sie halten nur die Letztere für zulässig. Hiergegen bemerkt v. Savigny mit Recht, daß die desuetudo niemals reine Negation sei, sondern immer zugleich eine positive Seite habe und sich von dieser als consuetudo obrogatoria darstelle, nur dürfe man bei der desuetudo nicht an eine längere Nichtanwendung des Gesetzes denken, die bloß in dem Mangel zur Anwendung geeigneter Fälle ihren Grund habe. [4])

Das preußische Landrecht hat das bisher geltende allgemeine Gewohnheitsrecht aufgehoben. Das particulare Gewohnheitsrecht sollte, wie schon erwähnt ist, gesammelt und binnen zwei Jahren, soweit es tauglich wäre, in Provinzialgesetzbüchern zusammengestellt werden. Bis dies geschehen, gebührt dem particulären Gewohnheitsrecht, soweit es nicht das öffentliche Recht berührt, durchweg der Vorzug vor dem nur in subsidium geltenden Landrecht. Von der Publication jener Provinzialgesetzbücher an, kommt dieser Vorzug nur dem in dieselben aufgenommenen Gewohnheitsrechte zu und das nicht aufgenommene soll nur gelten, wenn das Landrecht selbst an einzelnen Stellen darauf verweist oder durch das nicht aufgenommene Gewohnheitsrecht ergänzt wird. Art. 3 — 7 des Publ. Pat. v. 5. Febr. 1794; § 4 der Einl. z. Allg. L.-R. Neues Gewohnheitsrecht kann sich seit Einführung des preuß. Landr. gar nicht mehr bilden, § 60 der Einl.: „So wenig durch Gewohnheiten neue Gesetze eingeführt werden können ꝛc.“ [5]) Nach der in

[1]) v. Savigny System Bd. 1 p. 424.
[2]) v. Savigny System Bd. 1 p. 82, 194 und 195.
[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I § 38.
[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 195.
[5]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 29. vergl. auch Bornemann System 2. Ausgabe, Bd. 1. p. 32. sq.

Digitized by Google

dem Erkenntnisse v. 6. Jan. 1843 ausgesprochenen Ansicht des Geheimen Ober-Tribunals findet jedoch seit dem 1. Juni 1794 nur die Bildung eines von den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts abweichenden neuen Gewohnheitsrechts nicht mehr statt und auch nur in sofern, als das Landrecht nicht selbst bei der betreffenden Materie auf das Gewohnheitsrecht verwiesen hat. Jur. Wochenschr. 1843. S. 537.

Wir haben noch der Observanz insbesondere zu gedenken. Ihr Begriff ist überaus streitig, scheint sich jedoch jetzt dahin fixirt zu haben, daß man unter ihr stillschweigende, in der Uebung sich darlegende Satzungen einer Corporation versteht, welche als Aeußerung der Autonomie anzusehen sind.[1] Die Observanz ist somit das particuläre Gewohnheitsrecht einer begrenzten Klasse von Personen; ihre Grundlage die persönliche Particularität im Gegensatz der localen.[2] Die Meinung, daß die Redaktoren des Allg. Landr zwischen Gewohnheitsrecht und Observanz nicht unterschieden hätten, ist verwerflich.[3]

Die Unkenntniß des Gewohnheitsrechts wird gemeinrechtlich dem error facti beigezählt l. 1. de constitut. in VIto. (1. 2.)[4] Dieser Satz hat auch für Preußen in Ansehung des noch nicht in Provinzial-Gesetzbüchern gesammelten Gewohnheitsrechts Geltung, da nach § 12. der Einl. zum A. L.-R. nur die Unkenntniß eines „gehörig publicirten Gesetzes" nicht verziehen wird.

3) Wissenschaftliches oder s. g. Juristenrecht.

Wir haben bereits gesagt, daß darunter im Allgemeinen dasjenige Recht zu verstehen ist, welches auf der Rechtswissenschaft beruht und sich von dem Gewohnheitsrechte dadurch unterscheidet, daß es nicht wie dieses unmittelbar aus der Ueberzeugung und den Ansichten des Volkes, sondern vielmehr aus den Ansichten derer entsprungen ist, die sich mit dem Rechte beschäftigen. Hierher ist die rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas zu rechnen, welche man als materiellen Theil des usus fori ansieht, dessen anderer Theil die Gewohnheit in Betreff des formellen Verkehrs bei einem Gerichtshofe (stylus

---

[1]) Obsservanz unterscheidet sich von der Verjährung darin, daß Letztere Recht im subj. Sinne (facultas), Erstere Recht im object. Sinne (lex) wirkt.

[2]) Puchta Cursus u. s. w. Bd. 1 p. 54. v. Savigny System Bd. 1 p. 98. Mühlenbruch Pandecten Th. 1 § 40. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 10.

[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 29.

[4]) Dieser Satz ist streitig. v. Savigny System Bd. 3 p. 337. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 20.

Digitized by Google

curiae) sei. Manche zählen beide Theile zu den Observanzen, so z. B. Mühlenbruch.[1]) In ähnlicher Weise versteht Puchta unter usus fori die gerichtliche Uebung eines Satzes des Gewohnheitsrechts.[2]) Jedenfalls sind Praxis, Gerichtsgebrauch, usus fori, überaus vage Begriffe. — In wie weit die rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas im röm. und gemein. Recht Gesetzeskraft hat, ist streitig. L. 38. D. 1, 3. verordnet in dieser Beziehung: In ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere. Vergl. dagegen u. A. l. 13. C. 7, 45. — Das preuß. Landrecht bestimmt wörtlich: „auf Meinungen der Rechtslehrer oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden." § 6 der Einl. Zunächst sind unter älteren Aussprüchen der Richter Präjudicate und nicht etwa res judicatae gemeint. Sodann hat jene Gesetzesstelle auch nur den Sinn, daß Präjudicaten und Meinungen der Rechtslehrer keine bindende Kraft beizulegen sei; dem Einflusse der Wissenschaft und älterer Rechtssprüche auf die Ueberzeugung des Richters hat dadurch nicht entgegengewirkt werden sollen.[3]) In neuerer Zeit ist sogar unzweideutig die den Aussprüchen des höchsten preuß. Gerichtshofes gebührende Autorität durch die zum Zweck der Herstellung einer Einheit der Rechtsgrundsätze erlassene Cab.-Ordre vom 1. Aug. 1836 anerkannt worden. G.-S. 1836. p. 218.

Kehren wir noch einmal zur s. g. gemeinrechtlichen Praxis zurück. Dieselbe beruht wesentlich auf den Aussprüchen der ehemaligen höchsten Reichsgerichte, sowie auch — vorausgesetzt, daß diese nicht bloß partikuläres Recht berücksichtigen — auf den Urtheilen der höchsten Territorialgerichte; gleiches Ansehen genießen die Urtheile der Spruchcollegien und die von den Doctoren ertheilten Rechtsbelehrungen, welche zu suchen die ungelehrten Richter durch die Reichsgesetze gehalten waren. In Beziehung auf diese Rechtsbelehrungen spricht man von einer communis doctorum opinio, welche manche Rechtslehrer, wiewohl mit Unrecht, dem promulgirten Rechte gleich achteten. —

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. 1 § 40.
[2]) Puchta Instit. Bd. 1 p. 38.
[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1 § 31, 32. v. Savigny System Bd. 1 p. 198.

Digitized by Google

Von der Anwendung der Gesetze.

A. In Ansehung der Zeit.

Das preuß. Recht stimmt hier im Wesentlichen mit dem röm. und gemeinen Rechte überein. Als Regel gilt: Ein Rechtssatz kann nur auf solche Fälle angewendet werden, die zur Zeit seiner Entstehung noch nicht existirten, d. h. auf facta futura, nicht auf facta praeterita. Lex ad praeterita trahi nequit. L. 7. C. 1, 14. § 14 der Einl. z. L.-R. Diese Regel findet aber zunächst ihre Begrenzung in ihrem Motiv: Durch neue Gesetze sollen jura quaesita d. h. bereits erworbene Rechte nicht verletzt, und ebensowenig bereits feststehende Verbindlichkeiten und Nachtheile vergrößert werden.[1]) War aber unter dem früheren Gesetze nur die Aussicht oder die bloße Möglichkeit, ein Recht zu erwerben oder einen Nachtheil zu erleiden vorhanden, so daß es damals an einem bestimmten Grunde fehlte, um die Anwendung des alten Gesetzes fordern zu können, so äußert das neue allerdings seine Wirksamkeit.[2]) Hiernach fallen unter den Begriff der facta praeterita alle Thatsachen, welche unter der Herrschaft des alten Rechts vollendet sind, so wie alle juristischen Wirkungen und Folgen, welche mit diesen Thatsachen dergestalt unzertrennlich verbunden sind, daß ihre Beurtheilung nach dem neuen Rechte zugleich die Thatsachen selbst betreffen würde.

Deshalb ist jeder Vertrag in Ansehung seiner Form und seines Inhalts, so wie jede Ehe in Ansehung ihrer Gültigkeit, nach dem Rechte, unter dessen Herrschaft sie geschlossen sind, zu beurtheilen. L. 23. § 3 in fin. C. 4, 35. Art. 11 und 14 des Publ. Pat. vom 5. Febr. 1794. Auch die Vermögens- und Erbrechte der Eheleute richten sich nach den Gesetzen, unter welchen die Ehe vollzogen worden; denn in der Eingehung der Ehe liegt eine conventio tacita auch in Ansehung der Vermögensverhältnisse.[3]) Doch räumt das preußische Landrecht dem überlebenden Ehegatten die Befugniß ein, von der ursprünglichen conventio abzugehen und nach dem späteren Rechte zu succediren. Art. 14 des Publ. Pat. von 1794. § 9 der Decl. vom 28. März 1820. (G.-S. p. 62.), cf. auch § 8 des G. v. 11. Juli 1845.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 30. Bornemann System Bd. 1 p. 46 sq.

[2]) Mühlenbruch Pandekten Th. I. § 51.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 37.

Digitized by Google

(G.-S. p. 471) und § 496, II. 1. L.-R. Die civilrechtlichen Folgen eines Delicts sind nach denjenigen Gesetzen zu bestimmen, unter deren Regime es begangen worden. § 19 der Einl. z. L.-R.

Dagegen ist der Begriff der facta praeterita auf Rechtsverhältnisse, zu deren Perfection mehrere Handlungen, Unterlassungen oder Begebenheiten oder überhaupt der Ablauf einer bestimmten Zeit erfordert werden, dann nicht anwendbar, wenn zwischen diesen Handlungen oder Begebenheiten, resp. vor Ablauf der bestimmten Zeit das neue Gesetz Geltung erlangt hat.

Deshalb wird eine unter der Herrschaft des alten Rechts angefangene, aber nicht vollendete Verjährung von den Bestimmungen des neuen Rechts allerdings afficirt. Verordnet dieses jedoch eine kürzere Verjährungsfrist, so kann der Präscribent diese nur insofern benutzen, als er sie erst von Publikation des neuen Gesetzes an berechnen will; weil sonst der widersinnige Fall eintreten könnte, daß die durch das neue Gesetz vorgeschriebene kürzere Verjährungsfrist schon im Momente der Publikation vollendet wäre.[1]) Nov. 119 c. 8; Art. 17 des Publ. Pat. von 1794.

Regelrecht unterliegt auch die testamentarische Erbfolge den Bestimmungen des neuen Gesetzes, wenn der Erbanfall in die Periode desselben trifft, mag immerhin das Testament schon unter dem älteren Gesetze errichtet sein.[2])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 41. Vergl. auch Mühlenbruch Pandecten § 51. Note 11.

[2]) Obigem Satze geschieht durch die Bestimmungen der Nov. 66 c. 1 § 4 und 5 und des Art. 12 des Publ. Pat. v. 1794 kein Eintrag, denn diese Bestimmungen, welche die Testamente lediglich der Beurtheilung nach altem Rechte unterstellen, wenn auch der Tod des Testators in die Periode des neuen Rechts hineinfiel, machen keineswegs Anspruch, als allgemeine Regel zu gelten, sondern stellen sich unverkennbar nur als besondere, auf Billigkeitsrücksichten beruhende Ausnahme-Verordnungen dar. Bei Art. 12 des Publ. Pat. v. 1794 ergiebt sich die Richtigkeit unserer Behauptung recht deutlich aus einer Vergleichung der abweichenden Bestimmungen des Art. 6 und 7 des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814, der Art. 8 des Publ. Pat. vom 9. Nov. 1816 und des Art. 18 des Publ. Pat. v. 21. Juni 1825 (Ges. Samml. pro 1814 p. 89, pro 1816 p. 217 und pro 1825 p. 153.) Ueberhaupt sind im Allgemeinen die in den Publ. Pat. enthaltenen Bestimmungen nur als transitorische anzusehen und für die Beantwortung der Frage über die Rückanwendung der Gesetze nur soweit maßgebend, als sie mit § 14 der Einl. und den von der Wissenschaft entwickelten Grundsätzen im Einklang stehen. So will z. B. auch Art. 10 des Publ. Pat. v. 1794 blos ein für das Verhältniß des preußischen Landrechts zu vorlandrechtlichen Handlungen maßgebendes, keineswegs aber ein schlechthin geltendes Princip aufstellen. Dies erhellt aus der hypothetischen Fassung des § 16 der Einl. z. L.-R.

Digitized by Google

Denn das Testament ist nicht die einzige Quelle des Erbrechts. Der Tod des Testators muß hinzukommen. Vor dem Erbanfall war ja noch Niemandem ein Recht erworben; die bloße Aussicht oder Möglichkeit des Erwerbs, welche unter dem frühern Gesetze vorhanden war, kann aber die Subsumtion des Falles unter das alte Gesetz nicht rechtfertigen. Anders verhält es sich mit Erbverträgen; bei ihnen handelt es sich um jura quaesita, die den Schutz des alten Rechts allerdings beanspruchen dürfen.[1])

Ferner fallen unter den Begriff der facta praeterita nicht diejenigen juristischen Wirkungen, welche mit der unter dem alten Recht vollendeten Thatsache nur mittelbar zusammenhängen, ihren unmittelbaren Entstehungsgrund aber in einem späteren Factum haben.

Deßhalb richtet sich beim Concurse die Rangordnung der Gläubiger nach dem bei der Concurseröffnung geltenden Rechte, ohne daß es auf das Recht ankommt, welches zur Entstehungszeit der einzelnen Forderungen herrschte.[2]) Art. 15 des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814. Art. 19 des Publ. Pat. v. 9. Nov. 1816. Art. 15 des Pat. v. 15. Nov. 1816 und Art. 22 des Pat. v. 21. Juni 1825.

Auch das gerichtliche Verfahren, in welchem eine Forderung geltend zu machen, richtet sich nach den zur Zeit der Geltendmachung, nicht der Entstehung, herrschenden Gesetzen. Art. 17 des Pat. v. 9. Sept. 1814.

Die Handlungsfähigkeit, mag sie bereits unter dem alten Gesetze eingetreten sein, ist dennoch nicht als factum praeteritum anzusehen, wenn es sich unter dem neuen Gesetze darum handelt, ob sie zur Zeit noch vorhanden sei.

Ist daher ein nach dem alten Rechte Großjähriger bei Publication des neuen Gesetzes, welches als Großjährigkeitstermin das vollendete 24. Lebensjahr bestimmt, erst 22 Jahr alt, so wird er durch das neue Gesetz (freilich unbeschadet der Gültigkeit der von ihm bereits früher vorgenommenen Handlungen) in die Minderjährigkeit zu-

---

Wenn aber dennoch bei den oben dargelegten Prinzipien Stellen aus den Publ. Pat. citirt werden, so soll dadurch lediglich angegeben werden, wo diese Principien bereits von dem promulgirten Recht in Anwendung gebracht worden sind.

[1]) v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 156.

[2]) Puchta Vorles. Bd. 1 p. 227.

Digitized by Google

rückversetzt. [1]) In mehreren Publicationspatenten zum preuß. L.-R. ward jedoch bestimmt, daß nur für diejenigen, welche die Volljährigkeit vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des Landrechts nach den bisherigen Gesetzen noch nicht erreicht hätten, die Volljährigkeit erst mit dem vollendeten 24. Lebensjahre beginnen solle, so daß also diejenigen, welche bei der Einführung des neuen Gesetzbuchs nach altem Rechte bereits volljährig waren, ohne jedoch das nach dem neuen Gesetzbuch zur Großjährigkeit erforderliche Alter zu besitzen, in die Minderjährigkeit nicht zurückversetzt wurden. Art. 14 des Pat. vom 9. Sept. 1814, Art. 18 des Pat. v. 9. Nov. 1816, Art. 14 des Pat. v. 15. Nov. 1816, Art. 21 des Pat. v. 21. Juni 1825.

Auch dies Familienrecht, soweit es der Aenderung durch Willenserklärungen entzogen ist, ist von dem Rechte der Gegenwart unbedingt abhängig.

Der Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, sowie die Ansprüche unehelicher Kinder auf künftigen Unterhalt ꝛc. richten sich deshalb nach dem neuen Rechte. Art. 10 u. 11 des Publ. Pat. v. 9. Sept. 1814., Art. 13 u. 14 des Publ. v. 9. Nov. 1816. (cf. v. Daniels Lehrb. Bd. 1 pag. 156.)

Bisher ist nur davon, was als factum praeteritum oder futurum zu erachten ist, keineswegs aber von wirklichen Ausnahmen, welche die Regel: lex ad praeterita trahi nequit erleidet, die Rede gewesen. Als solche Ausnahmen stellen sich jedoch folgende Sätze dar:

1) Absolute, im öffentlichen Rechte wurzelnde Gesetze finden auch auf die ihnen widerstrebenden Wirkungen einer unter dem alten Gesetze vollendeten Thatsache insofern Anwendung, als diese Wirkungen erst unter den späteren Gesetzen eintreten.

Deshalb erstreckt sich, wenn ein Gesetz den früher erlaubten Zinsfuß herabsetzt, diese Ermäßigung auch auf diejenigen Zinscontracte, welche älter sind als das neue Gesetz. l. 27. C. 4, 32. Art. 13 des Pat. v. 9. Sept. 1814. Art. 17 des Pat. v. 9. Nov. 1816. Art. 13 des Pat. v. 15. Nov. 1816. Auch der Inhalt der Erbverträge, so weit er einem absoluten Gesetze des neuen Rechts zuwider ist (z. B. in Ansehung der Notherben),

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 42. v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 156.

Digitized by Google

genießt den Schutz des alten Rechts nicht, wenn sich der Erbanfall erst unter dem neuen Rechte ereignet. [1]) Aus demselben Gesichtspunkte werden die Ehescheidungsgründe immer nur nach den zur Zeit der nachgesuchten Scheidung geltenden Gesetzen beurtheilt, weil sie die öffentliche Ordnung angehen. Doch kann eine unter den früheren Gesetzen vollendete Thatsache, die zwar von dem neuen Rechte, nicht aber von dem alten als Ehescheidungsgrund anerkannt wird, niemals eine Ehescheidung bewirken. [2])

2) Jedes Gesetz hat rückwirkende Kraft, wenn sie ihm der Gesetzgeber ausdrücklich beilegt (cf. z. B. l. 3. C. 8. 35.) Doch versteht sich die Rückwirkung immer nur mit Ausnahme der durch Vergleich, Judicat oder Zahlung abgethanen Sachen l. 15 § 5. C. 6, 58 l. 17. C. 4, 21. Nov. 19. l. 229. 230 D. 50, 16.

3) Authentische Erklärungen eines älteren Gesetzes sind bis auf die Publicationszeit des erläuterten Gesetzes zurück zu beziehen. [3]) Doch ebenfalls nicht auf Sachen, die durch Zahlung, Vergleich oder Judicat bereits abgethan sind (Nov. 19. — § 15 der Einl. z. L.-R.), oder doch in der Appellationsinstanz schweben, weil der Appellationsrichter das Urtheil der früheren Instanz nach dem damals geltenden Recht zu prüfen hat. Nov. 115 c. 1. Vorstehenden Ausnahmen von der Regel lex ad praeterita trahi nequit fügt das preußische Landrecht noch folgende hinzu:

4) Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sollen gültig sein, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits dabei angetroffen werden. § 17 der Einl. Dieser Paragraph steht jedoch mit §§ 44 und 45, I., 3. L.-R. in einem unauflöslichen Widerspruche und wird von der Praxis nicht auf die Form der Verträge bezogen. (Präj. des Geh. Ob.-Tr. 2097.)

5) Stand einem Testator nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezog, bei der Testamentserrichtung

---

[1]) Koch Lehrb. Bd. 1 § 36.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 40. Koch Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1 §. 36.

[3]) Daher soll auch bei Controversen des gemeinen Rechts, so weit dasselbe nach Einführung des Allgemeinen Landrechts noch zur Anwendung kommt, derjenigen Meinung der Vorzug gegeben werden, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt, oder diesen am nächsten kommt. Art. 9. des Publ. Pat. v. 1794. Art. 4 des Pat. v. 9. Sep:. 1814. Art. 4 und 5 des Pat. v. 15. Nov. 1816.

Digitized by Google

entgegen, so soll das Testament gültig sein, wenn das Hinderniß in der Folge weggefallen ist. § 13, I., 12 L.-R.

6) Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe sollte nach § 18 der Einl. z. L.-R. auch demjenigen Uebertreter zu Statten kommen, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neueren Gesetzes noch nicht vollzogen war. Dieser Paragraph ist jedoch durch Art. VII. des Einführungsgesetzes zum neuen Strafgesetzbuch aufgehoben.

B. In Ansehung der Personen.

Nach älterem römischen Rechte unterschied man nicht bloß zwischen Angehörigen des römischen Reichs und wirklichen Ausländern, sondern man theilte die Ersteren wieder in römische Bürger und Peregrinen ein. Die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse des jus civile waren nur den römischen Bürgern zugänglich und späterhin theilweise auch den Latinen, nicht aber den übrigen Peregrinen. Auf diese fand vielmehr das jus gentium Anwendung; in einzelnen Beziehungen wurden sie auch nach dem Rechte ihrer Provinz beurtheilt, namentlich bei der Frage nach ihren Familienverhältnissen und ihrer Beerbung. Erst Justinian hob sämmtliche Unterschiede zwischen cives und den dem römischen Reiche angehörigen Peregrinen auf (Cod. XII, 5 und 6[1]), so daß nunmehr das jus civile, das bisher so zu sagen nur ein Standesrecht gewesen war, allgemeines Volksrecht wurde.

Jenes Princip, nach welchem sich in älterer Zeit die Anwendbarkeit des römischen Rechts auf die einzelnen Personen bestimmte, findet sich, eigenthümlich gestaltet, in den germanischen Staaten des früheren Mittelalters wieder. Hier begegnen wir nämlich dem s. g. System der persönlichen Rechte, an dessen Stelle aber später allmählig das System der territorialen Rechte getreten ist.

a. Das System der persönlichen Rechte, wonach nicht der Wohn- oder Aufenthaltsort, sondern die Abstammung von diesem oder jenem Volke das für die einzelnen Personen anwendbare Recht bezeichnete, war daraus hervorgegangen, daß in den

[1]) Schon Caracalla hatte durch eine Constitution alle Einwohner des römischen Reichs zu römischen Bürgern gemacht. Diese Constitution enthielt jedoch keinen eigentlichen Rechtssatz d. h. nicht etwa die Vorschrift: es solle künftig im römischen Reich nur römische Bürger geben, sondern lediglich eine Verleihung der Civität an alle damals gerade lebenden Peregrinen des Reichs. So erklärt sich die Thatsache, daß trotz der Constitution des Caracalla die Unterschiede zwischen cives, latini und peregrini fortdauerten. Puchta Inst. Bd. 1 p. 420.

Digitized by Google

von den Gothen, Burgundern, Franken und Lombarden gegründeten Staaten der überwundene und herrschende Stamm zwar örtlich vermischt, aber in Sitte und Recht verschieden, zusammenlebten. So wurde in demselben Lande, ja in derselben Stadt der Lombarde nach lombardischem, der Römer nach römischem Rechte beurtheilt. Späterhin erlangte derselbe Grundsatz auch Geltung für die Germanen verschiedener Stämme; der Franke, Burgunder, Gothe lebten an demselben Orte jeder nach anderem Rechte d. h. nach dem Rechte desjenigen Volks, von welchem er durch seinen Vater abstammte. Bischof Agobardus konnte deshalb in einem Briefe an Ludwig den Frommen sagen: „es geschieht oft, daß 5 Menschen zusammen gehen oder sitzen, von denen jeder nach einem anderen Rechte lebt". — Bei einer Collision der verschiedenen Volksrechte galten vermuthlich folgende Regeln: Die Composition der Verbrechen richtete sich nach der Person des Verletzten, in anderen Rechtsstreitigkeiten bestimmte sich das Recht nach der Person des Verklagten; doch wurde die Gültigkeit juristischer Handlungen (z. B. beim Eid, bei Testamenten) nach dem Recht des Handelnden beurtheilt. Die Ehe mußte nach dem Rechte des Mannes geschlossen werden. [1]) — Mit dem Untergange und der Umbildung der alten Verfassung verlor sich nach und nach das System der persönlichen Rechte.

b. Das System der territorialen Rechte, wonach das anwendbare Recht nicht durch die Abstammung, sondern durch das Territorium bestimmt wird und das Gesetz, welches im Bereiche des Territoriums gilt, sich über alle Sachen im Territorium und über die Personen, die in demselben sind, erstreckt, hat sich im späteren Mittelalter gebildet und ist bis heute das herrschende geblieben, obwohl es sich in den verschiedenen Staaten verschieden entfaltet hat. Dies zeigt sich bei den 3 Classen, in welche man die Personen nach ihrer Beziehung zu einem bestimmten Territorium eintheilt. Man unterscheidet nämlich:

1) Personen, die den ständigen Unterthanscharacter haben, subditi personales. Sie stehen nach gemeinem und preuß. Recht in aller und jeder Beziehung unter den Gesetzen des Landes, welchem sie angehören. § 32. der Einl. z. L.-R.

2) Fremde, welche diesseits Güter haben, subditi reales, Forenses. Nach gemeinem Rechte sind sie nur in Beziehung auf ihre Grundstücke den diesseitigen Landesgesetzen unterworfen. Dies Verhältniß wird als Landsassiatus minus plenus bezeichnet. [2]) Nach preuß. Rechte dagegen können Forensen ohne

[1]) v. Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. I. c. 3.
[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 26. Phillips Grundsätze des deutschen Privatrechts. Bd. 1. § 42.

Digitized by Google

Unterschied, ob ihr Besitz beweglich oder unbeweglich ist, nicht bloß mit dinglichen, sondern auch mit persönlichen Klagen der preuß. Landeseinwohner in foro rei sitae belangt werden, ein Verhältniß, welches man Landsassiatus plenus nennt. §§ 114 u. 116, I., 2 A. G. O. § 34 des Anh. z. G. O. Kab. O. v. 15. April 1809. Rescr. vom 9. Mai 1809. § 32 der Einl. z. A. L. R. Eine Ausnahme findet aber in Beziehung auf Unterthanen der deutschen Staaten statt: gegen diese gilt nur der dingliche Gerichtsstand; [1]) doch sind hiervon wieder die kurhessischen Unterthanen ausgenommen, in Beziehung auf welche im Wege der Retorsion der volle Landsassiat zur Anwendung kommt. Kab. Ord. v. 14. Aug. 1837. (Ges. S. p. 139.)

3) Fremde, welche diesseits nur einen vorübergehenden Aufenthalt haben, subditi temporarii. Sie genießen nach gemeinem [2]) und preuß. Recht im Allgemeinen mit den subditi personales gleichen Schutz, sind aber auch dafür in Ansehung ihrer diesseits vorgenommenen Handlungen den diesseitigen Gesetzen unterworfen. §§ 34 u. 41 der Einl. z. L.-R.

Eine Ausnahme in letzterer Beziehung machen auswärtige Souveraine, so wie Gesandte eines fremden Staats als solche sammt ihrem Gefolge während der Dauer ihrer Gesandtschaft. § 36 der Einl. z. L.-R. §§ 62—66, I., 2. A. G. O. V. v. 14. Apr. 1795 (Stengel, Bd. 2. p. 180) V. v. 24. Sept. 1798 § 11. Nr. 4 (N. C. C. Tom X. p. 1757. § 201. des Anhangs z. A. G. O.) Auch kann die Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen nach gem. [3]) u. preuß. Recht wegfallen im Wege der Retorsion. § 43 der Einl. z. L.-R.

Unter dieser versteht man eine Wiedervergeltung, welche ein Staat gegen den andern wegen der in diesem in Betreff der Fremden geltenden nachtheiligen Rechtsgrundsätze ausübt. Ob die Retorsion schon wegen einer bloßen Verschiedenheit der Rechte in beiden Staaten eintreten dürfe, ist im gem. Rechte streitig, vom preuß. Rechte aber ausdrücklich verneint worden. § 42 der Einl. z. L.-R.

Auch darf der preuß. Richter nicht ohne Anfrage beim auswärtigen Departement auf Retorsion erkennen. § 44 a. a. O.

Von der Retorsion unterscheiden sich aber Repressalien dadurch, daß sie nicht eine gesetzmäßige, sondern eine unbefugte

---

[1]) Verordn. v. 7. Juli 1819 (G.-S. p. 112). Gesetz vom 2. Mai 1823. § 1. (G.-S. p. 107.) Koch Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1. § 38 Note 7.

[2]) Waechter über die Collision der Privatrechtsgesetze im Archiv, für civilist. Praxis. Bd. 24 p. 253 und Bd. 25 p. 33. Note 239. Phillips Grundsätze. Bd. 1. § 42.

[3]) Phillips a. a. O.

Digitized by Google

Beeinträchtigung der Fremden voraussetzen und auch nicht in der bloßen Wiedervergeltung durch die nämliche, sondern in jeder Handlung bestehen können, durch welche der fremde Staat genöthigt werden kann, sein unbefugtes Verfahren einzustellen.

Ob der Landesherr in seinen Privatrechtsangelegenheiten den Landesgesetzen unterworfen sei, ist im gem. Rechte streitig. [1]) In Preußen haben die Landesherrn diese Unterwerfung ausdrücklich erklärt. § 80 der Einl. z. L.-R. § 18, II, 13 u. § 81, II, 14. L.-R.

Bei einem Conflict der Rechte mehrerer subordinirter Territorien geht das speciellere Recht dem generelleren vor. Generi per speciem derogatur. Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht ꝛc. Dieser Grundsatz gilt nach gemeinem und preuß. Rechte l. 80 D. 50, 17. l. 41 D. 48, 20. Eisenhardt, das deutsche Recht in Sprüchwörtern p. 1. — § 21 der Einl. z. L.-R.

Wenn aber die Rechte mehrerer coordinirter Territorien collidiren, wird die Lösung des Conflicts oft sehr schwierig. Sie ist von den gemeinrechtlichen Juristen in der verschiedensten Weise versucht worden. Dies beweisen die zahllosen Monographieen, welche über diesen Gegenstand existiren. So viel steht fest, daß das gemeine Recht ausreichende ausdrückliche Bestimmungen über eine derartige Collision der Privatrechtsgesetze nicht enthält und daß namentlich die Grundsätze des römischen Rechts nicht nur unzulänglich, sondern auch zum großen Theil nicht mehr anwendbar sind. [2])

Seit dem 16. Jahrhundert zwar hat sich allmählich in der deutschen Doctrin eine Theorie der statuta personalia, realia und mixta gebildet; doch herrscht unter den zahlreichen Verehrern dieser Theorie nur in einzelnen Punkten Einigkeit, in den meisten dagegen Streit, und wenn sich auch über manche Grundsätze jener Theorie ein festes Gewohnheitsrecht gebildet hat, so ist dies doch keineswegs, wie unter Andern Kierulff [3]) behauptet, in allen Hauptbeziehungen der Fall. [4])

Die Eintheilung und Bezeichnung der Statuten rührt von ausländischen Juristen her.

Anfangs bedeuteten statuta personalia Gesetze, welche über die Person, realia, welche über Sachen, und mixta, welche über die Form einer Handlung Bestimmungen enthalten. Später bezeichnete man jedoch

a. als statuta personalia sämmtliche Gesetze, welche am

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 47.
[2]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 251 u. folg.
[3]) Theorie des Civilrechts. Bd. 1. p. 75 sq.
[4]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 258 sq.

Digitized by Google

Wohnorte einer Person gelten. Sie sollen zur Anwendung kommen, wenn es sich de sola persona ejusve perpetua qualitate, capacitate, conditione, statu, dignitate, nobilitate etc. handelt;

b. als statuta realia das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Sache liegt. Nach ihnen will man die Rechtsverhältnisse einer Sache an sich beurtheilt wissen.

c. als statuta mixta das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Handlung vorfiel oder wirksam werden soll. Nach ihnen sollen Form und Wirkungen der Handlung bestimmt werden. [1])

Das preuß. Landrecht hat sich zum Theil dieser Theorie der statuta angeschlossen, welche in neuerer Zeit am gründlichsten von Wächter widerlegt ist.

Es soll nunmehr eine Zusammenstellung der anderweit von der gemeinrechtlichen Doctrin aufgestellten oder durch Gewohnheitsrecht begründeten Grundsätze, welche freilich bisweilen mit der Theorie der Statuten übereinstimmen, versucht und daneben das preuß. Recht berücksichtigt werden.

Nach gemeinem Recht nimmt man an:

1) Verträge sowie Testamente sind formell gültig, wenn sie in Ansehung der Form den Gesetzen des Orts ihrer Errichtung entsprechen, [2]) d. h. locus regit actum. [3]) Hiermit ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß nicht Testamente und Verträge auch dann als formell gültig zu behandeln seien, wenn sie zwar nicht den am Ort ihrer Errichtung, wohl aber den am Wohnorte des Testators, resp. am Orte der Erfüllung oder der Klage geltenden Formen gemäß sind.

Nach preußischem Rechte steht fest, daß in Beziehung auf die Form der (nicht Immobilien betreffenden) Verträge ebenfalls die Regel: locus regit actum und zwar im Sinne des gemeinen Rechts gilt. §§ 111—114. I, 5. L.-R. Streitig aber ist, ob sich diese Regel auch auf die Form der Testamente erstreckt. Koch [4]) verneint dies, während Loewenberg [5]) durch Combination der Vorschriften des L.-R. mit § 115, I, 10. A. G.-O. zu der entgegengesetzten Annahme gelangt.

---

[1]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 256 sq.

[2]) Beruht auf einem unstreitigen Gewohnheitsrecht. Wächter a. a. O. Bd. 25. p. 368—380. p. 405—407. Mühlenbruch Pandectenrecht. Th. I. § 10.

[3]) Die Regel: locus regit actum ist im 18. Jahrhundert entstanden und darf nicht unbedingt auf den Inhalt der Verträge bezogen werden. Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 246 sq.

[4]) Lehrbuch, 2. Aufl. Bd. 1. § 40 Note 18.

[5]) Beiträge zur Kenntniß der Motive der preußischen Gesetzgebung. Bd. 1. p. 1 sq.

Digitized by Google

2) Der Richter hat in Allem, was die einheimischen Gesetze der autonomischen Bestimmung der Parteien überlassen, nach dem (in- oder ausländischen) Rechte zu entscheiden, welchem sich die Parteien in Ansehung jener Punkte unterworfen haben. [1])

Dies ist auch für das preußische Recht anzunehmen, obwohl hierüber ausdrückliche Bestimmungen fehlen. [2])

a. Wenn die Parteien über das ergänzende (s. g. Dispositiv-) Gesetz, welches bei ihrem Geschäfte zur Anwendung kommen soll, sich nicht erklärt haben, so wollen Einige auf Grund der l. 34. D. 50, 17 und l. 6. D. 21, 2 die Gesetze des Orts, an welchem das Geschäft geschlossen ist (quo negotium gestum est), Andere dagegen, gestützt auf die eben allegirten Stellen in Verbindung mit l. 21. D. 44, 7 und l. 3. D. 42, 5 die Gesetze des Orts, an welchem erfüllt werden soll (des s. g. juristischen Contractsorts) angewendet wissen. Die erstere Meinung verdient jedoch den Vorzug, denn nach l. 21. D. 44, 7 und l. 3, D. 42, 5 soll der Zahlungsort bloß in Beziehung auf Begründung des forum contractus, nicht aber in Beziehung auf die Auslegung und Ergänzung des Willens der Parteien juristisch als Contractsort angesehen werden. Insofern gilt also hier bei Punkten, die unter Dispositivgesetze fallen, im Zweifel die Regel: locus regit actum. [3])

Nach preußischem Recht wird es in einem solchen Falle zunächst darauf ankommen, ob sich aus den obwaltenden Umständen entnehmen läßt, welchem Rechte die Parteien sich zu unterwerfen beabsichtigt haben. [4]) Ist aber auch dies nicht möglich, so geben Einige dem Erfüllungsort [5]), Andere dem Contractsort [6]) den Vorzug. Die Praxis des Obertribunals ist schwankend. [7])

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25. p. 35. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 73.

[2]) Koch, Lehrbuch Bd. 1. § 40 Nr. III. In den Gründen des Erkenntnisses des Ob.-Trib. (IV. Sen.) vom 26. Sept. 1849 heißt es: Wo nicht ein dergl. positives Gesetz von zwingender Natur eingreift, kommt es vermöge des gegenseitigen Anerkenntnisses des Rechtszustandes anderer Staaten immer auf den eigentlichen Sitz eines Rechtsverhältnisses an. Welcher Ort als dieser Sitz anzusehen sei, darüber muß bei Verträgen hauptsächlich die freiwillige Unterwerfung der Contrahenten entscheiden. Entscheid. Bd. 18. p. 146.

[3]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 36 — 45. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 73.

[4]) Koch, Lehrbuch Bd. 1. § 40. Nr. III.

[5]) Koch a. a. O.

[6]) v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 154.

[7]) Vergl. die Präjud. 903 und 1895 (Präjud. p. 9). und die Gründe z. Erkenntn. v. 26. Sept. 1849. Entscheid. Bd. 18 p. 146.

Digitized by Google

b. Ist der Vertrag unter Abwesenden geschlossen, und haben die Parteien nicht erklärt, welchen Dispositivgesetzen sie sich unterwerfen wollen, so sollen nach der einen Ansicht die Gesetze des Erfüllungsorts, nach der andern die des Acceptationsorts, und nach einer dritten, wohl richtigen Ansicht, für einen jeden der Contrahenten die Gesetze seines Wohnortes zur Anwendung kommen. [1])

Entscheidet man sich nach preußischem Recht dafür, daß in dem Falle ad a. die Gesetze des Orts, ubi negotium gestum est, anzuwenden, so treten in dem Falle ad b. die Gesetze des Orts ein, von welchem das Instrument datirt ist. Ist aber dasselbe von mehreren Orten datirt, oder ist das Geschäft durch Briefwechsel geschlossen, so sind die Gesetze desjenigen Orts maßgebend, nach welchem das Geschäft am besten bestehen kann. §§ 112—113, I, 5. L.-R.

c. Haben endlich zwei Inländer, die im Auslande zusammentrafen, dort ein Geschäft geschlossen, das im Inlande zur Vollziehung kommen soll, so sind die einheimischen Gesetze zur Anwendung zu bringen; denn es ist in einem solchen Falle anzunehmen, daß die Parteien nur zufällig jenen Contractsort gewählt haben, nicht aber in der Absicht, sich den Gesetzen desselben zu unterwerfen. [2])

Dies wird auch nach preußischem Recht anzunehmen sein. Präjud. des I. Sen. des Ob.-Trib., 1895, vom 16. August 1847 (Entscheid. Bd. 14 p. 470) und Gründe zum Erkenntn. des Ob.-Trib. (IV. Sen.) v. 26. Sept. 1849 (Entscheid. Bd. 18 p. 146).

3) Das eheliche Vermögensverhältniß richtet sich nicht nach den Gesetzen des Orts, wo die Ehe eingegangen wurde, sondern nach dem Orte, wo die Eheleute ihr erstes Domicil hatten, und zwar auch in Ansehung ihrer auswärts gelegenen Immobilien. [3])

Dieser Satz gilt auch im preußischen Rechte. §§ 350, 355 bis 369, II, 1. L.-R.

Ob eine Aenderung des Domicils auch eine Aenderung dieser Vermögensverhältnisse, und namentlich in Beziehung auf die späteren Gläubiger begründet, ist streitig; die richtige Ansicht sagt: „nein“! [4])

Das preußische Recht knüpft zwar an die Veränderung des Wohnsitzes noch keine Veränderung der Güterverhältnisse unter den Eheleuten selbst; doch soll, wenn Ehe-

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 45 und 46.
[2]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 46.
[3]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 47 sq.
[4]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 57.

Digitized by Google

leute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft gilt, nach einem andern, wo dieselbe stattfindet, verlegt haben, den späteren Gläubigern gegenüber Gütergemeinschaft angenommen werden. §§ 351–353, II, 1. L.-R.

4) In Beziehung auf die Frage über das Vorhandensein einer Eigenschaft an sich wird der Fremde — sofern die einheimischen Gesetze überhaupt eine solche Eigenschaft anerkennen — nach den Gesetzen seines Wohnorts beurtheilt. Daher wird der Fremde, welcher nach den Gesetzen seines Staates volljährig ist, aber nach gemeinem Rechte noch minderjährig sein würde, dennoch als volljährig behandelt.[1])

Welche Wirkungen aber jener Eigenschaft beizulegen sind, ist streitig. Nach der richtigen Ansicht hat der Richter die rechtlichen Wirkungen jener Eigenschaft, sofern es sich nicht bloß von der Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit eines im fremden Lande handelnden Fremden, die in diesem Falle nur nach den Gesetzen seines Staates beurtheilt werden könnte, handelt, in der Regel nach den diesseitigen Gesetzen zu beurtheilen.[2])

Auch nach preußischem Rechte werden Fremde in Ansehung ihrer persönlichen Eigenschaften nach dem Rechte ihrer Heimath beurtheilt; sind sie aber Forensen, so gilt die Ausnahme, daß wenn sie Rechtshandlungen in Beziehung auf hier befindliche Sachen vornehmen, dasjenige Recht zur Anwendung kommt, nach welchem die Handlungen am besten bestehen können. §§ 34 und 35 der Einl. z. L.-R.[3])

Einheimische werden ebenfalls, wenn es sich um ihre persönlichen Eigenschaften handelt, nach den Gesetzen ihres persönlichen Gerichtsstandes angesehen, welcher sich zunächst nach ihrem Domicil, eventuell nach ihrer Herkunft richtet. Ein Inländer aber, welcher nicht nur kein bestimmtes Domicil hat, sondern auch von unbekannter Herkunft ist, oder den Ort seiner Herkunft im Auslande hat, ist entweder nach den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthalts oder nach den allgemeinen Landesgesetzen zu beurtheilen, je nachdem die einen oder die andern Gesetze eine von ihm unternommene Handlung am füglichsten bestehen lassen.

---

[1]) Beruht auf einem allseitig anerkannten deutschen Gewohnheitsrechte Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 175 und 177. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 72.

[2]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p 177 sq.

[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 40 Nr. I.

Digitized by Google

Hat endlich Jemand einen doppelten Wohnsitz, so wird seine Handlungsfähigkeit nach den Gesetzen derjenigen von beiden Gerichtsbarkeiten beurtheilt, welche die Gültigkeit des Geschäfts am meisten begünstigt. §§ 23—27 und 34, 35 der Einl. z. L.-R.

5) Die Familienverhältnisse, sowie die Gültigkeit der Ehen der Ausländer sind nach deren Gesetzen zu beurtheilen. Bestehen aber Familienverhältnisse zwischen Aus- und Inländern, so kommt das diesseitige Recht zur Anwendung. Auch dürfen die persönlichen Wirkungen der Familienverhältnisse der Ausländer nicht der Art sein, daß sie das diesseitige Gesetz an und für sich für verwerflich und unzulässig erklärt. [1])

Diese Grundsätze möchten auch dem Geiste des preuß. Rechts entsprechen. Ausdrückliche Bestimmungen fehlen.

6) Die Vermögensverhältnisse einer Person im Ganzen und nicht obligatorische Verfügungen über ihr Vermögen hat der Richter nach dem Rechte ihres Wohnorts zu beurtheilen, ohne Rücksicht darauf, wo die Vermögenstheile liegen. Deshalb richtet sich auch die Intestat- wie die testamentarische Erbfolge lediglich nach den Gesetzen des Wohnorts des Erblassers. [2])

Für das preuß. Recht stellt Koch [3]) dieselben Grundsätze auf; ihnen hat sich auch das Ob.-Trib. angeschlossen. [4]) Andere halten sie durch § 32 der Einl. z. L.-R. modificirt, so z. B. Bornemann [5]) und v. Daniels. [6]) Bei einem doppelten Wohnsitz des Erblassers kann es allerdings zu besonderen Successionen in die verschieden gelegenen Vermögenstheile nach Maaßgabe der §§ 29 sq. der Einl. z. L.-R. kommen.

7) Handelt es sich um Bestimmungen, welche unmittelbar Sachen als solche betreffen, z. B. die Art und Weise, wie die dinglichen Rechte an ihnen erworben werden, die Natur, den Umfang, die Beschränkungen dieser Rechte, die Frage, welche Personen solche Sachen habe können, die Grundsätze über ihren Besitz ꝛc., so hat der Richter die Gesetze des Orts, wo die Sachen liegen, ohne Rücksicht auf den Wohnort der dabei Betheiligten zur Anwendung zu bringen. Namentlich gilt hier in Beziehung auf die zur Erwerbung eines dinglichen Rechts an der Sache nothwendige Form nicht der Grundsatz: locus regit actum.

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 184 sq.
[2]) Der Satz ist streitig; Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 188 sq.
[3]) Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1. § 40 Nr. III.
[4]) Gründe zum Erkenntn. v. 8. Nov. 1844. (Entscheid. Bd. 10 p. 145).
[5]) System erste Ausgabe Bd. 1 p. 203. cf. auch zweite Ausgabe p. 55 sq.
[6]) Lehrbuch Bd. 1 p. 153 Nr. 30.

Digitized by Google

genießt den Schutz des alten Rechts nicht, wenn sich der Erbanfall erst unter dem neuen Rechte ereignet. [1]) Aus demselben Gesichtspunkte werden die Ehescheidungsgründe immer nur nach den zur Zeit der nachgesuchten Scheidung geltenden Gesetzen beurtheilt, weil sie die öffentliche Ordnung angehen. Doch kann eine unter den früheren Gesetzen vollendete Thatsache, die zwar von dem neuen Rechte, nicht aber von dem alten als Ehescheidungsgrund anerkannt wird, niemals eine Ehescheidung bewirken. [2])

2) Jedes Gesetz hat rückwirkende Kraft, wenn sie ihm der Gesetzgeber ausdrücklich beilegt (cf. z. B. l. 3. C. 8. 35.) Doch versteht sich die Rückwirkung immer nur mit Ausnahme der durch Vergleich, Judicat oder Zahlung abgethanen Sachen l. 15 § 5. C. 6, 58 l. 17. C. 4, 21. Nov. 19. l. 229. 230 D. 50, 16.

3) Authentische Erklärungen eines älteren Gesetzes sind bis auf die Publicationszeit des erläuterten Gesetzes zurück zu beziehen. [3]) Doch ebenfalls nicht auf Sachen, die durch Zahlung, Vergleich oder Judicat bereits abgethan sind (Nov. 19. — § 15 der Einl. z. L.-R.), oder doch in der Appellationsinstanz schweben, weil der Appellationsrichter das Urtheil der früheren Instanz nach dem damals geltenden Recht zu prüfen hat. Nov. 115 c. 1. Vorstehenden Ausnahmen von der Regel lex ad praeterita trahi nequit fügt das preußische Landrecht noch folgende hinzu:

4) Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den alten Gesetzen ungültig sein würden, sollen gültig sein, insofern nur die nach den neueren Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits dabei angetroffen werden. § 17 der Einl. Dieser Paragraph steht jedoch mit §§ 44 und 45, I., 3. L.-R. in einem unauflöslichen Widerspruche und wird von der Praxis nicht auf die Form der Verträge bezogen. (Präj. des Geh. Ob.-Tr. 2097.)

5) Stand einem Testator nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezog, bei der Testamentserrichtung

---

[1]) Koch Lehrb. Bd. 1 § 36.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 40. Koch Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1 §. 36.

[3]) Daher soll auch bei Controversen des gemeinen Rechts, so weit dasselbe nach Einführung des Allgemeinen Landrechts noch zur Anwendung kommt, derjenigen Meinung der Vorzug gegeben werden, welche mit den Vorschriften des Landrechts übereinstimmt, oder diesen am nächsten kommt. Art. 9. des Publ. Pat. v. 1794. Art. 4 des Pat. v. 9. Sep:. 1814. Art. 4 und 5 des Pat. v. 15. Nov. 1816.

Digitized by Google

entgegen, so soll das Testament gültig sein, wenn das Hinderniß in der Folge weggefallen ist. § 13, I., 12 L.-R.

6) Die Minderung der in einer älteren Verordnung festgesetzten Strafe sollte nach § 18 der Einl. z. L.-R. auch demjenigen Uebertreter zu Statten kommen, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neueren Gesetzes noch nicht vollzogen war. Dieser Paragraph ist jedoch durch Art. VII. des Einführungsgesetzes zum neuen Strafgesetzbuch aufgehoben.

B. In Ansehung der Personen.

Nach älterem römischen Rechte unterschied man nicht bloß zwischen Angehörigen des römischen Reichs und wirklichen Ausländern, sondern man theilte die Ersteren wieder in römische Bürger und Peregrinen ein. Die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse des jus civile waren nur den römischen Bürgern zugänglich und späterhin theilweise auch den Latinen, nicht aber den übrigen Peregrinen. Auf diese fand vielmehr das jus gentium Anwendung; in einzelnen Beziehungen wurden sie auch nach dem Rechte ihrer Provinz beurtheilt, namentlich bei der Frage nach ihren Familienverhältnissen und ihrer Beerbung. Erst Justinian hob sämmtliche Unterschiede zwischen cives und den dem römischen Reiche angehörigen Peregrinen auf (Cod. XII, 5 und 6 [1]), so daß nunmehr das jus civile, das bisher so zu sagen nur ein Standesrecht gewesen war, allgemeines Volksrecht wurde.

Jenes Princip, nach welchem sich in älterer Zeit die Anwendbarkeit des römischen Rechts auf die einzelnen Personen bestimmte, findet sich, eigenthümlich gestaltet, in den germanischen Staaten des früheren Mittelalters wieder. Hier begegnen wir nämlich dem s. g. System der persönlichen Rechte, an dessen Stelle aber später allmählig das System der territorialen Rechte getreten ist.

a. Das System der persönlichen Rechte, wonach nicht der Wohn- oder Aufenthaltsort, sondern die Abstammung von diesem oder jenem Volke das für die einzelnen Personen anwendbare Recht bezeichnete, war daraus hervorgegangen, daß in den

---

[1]) Schon Caracalla hatte durch eine Constitution alle Einwohner des römischen Reichs zu römischen Bürgern gemacht. Diese Constitution enthielt jedoch keinen eigentlichen Rechtssatz d. h. nicht etwa die Vorschrift: es solle künftig im römischen Reich nur römische Bürger geben, sondern lediglich eine Verleihung der Civität an alle damals gerade lebenden Peregrinen des Reichs. So erklärt sich die Thatsache, daß trotz der Constitution des Caracalla die Unterschiede zwischen cives, latini und peregrini fortdauerten. Puchta Inst. Bd. 1 p. 420.

Digitized by Google

von den Gothen, Burgundern, Franken und Lombarden gegründeten Staaten der überwundene und herrschende Stamm zwar örtlich vermischt, aber in Sitte und Recht verschieden, zusammenlebten. So wurde in demselben Lande, ja in derselben Stadt der Lombarde nach lombardischem, der Römer nach römischem Rechte beurtheilt. Späterhin erlangte derselbe Grundsatz auch Geltung für die Germanen verschiedener Stämme; der Franke, Burgunder, Gothe lebten an demselben Orte jeder nach anderem Rechte d. h. nach dem Rechte desjenigen Volks, von welchem er durch seinen Vater abstammte. Bischof Agobardus konnte deshalb in einem Briefe an Ludwig den Frommen sagen: „es geschieht oft, daß 5 Menschen zusammen gehen oder sitzen, von denen jeder nach einem anderen Rechte lebt". — Bei einer Collision der verschiedenen Volksrechte galten vermuthlich folgende Regeln: Die Composition der Verbrechen richtete sich nach der Person des Verletzten, in anderen Rechtsstreitigkeiten bestimmte sich das Recht nach der Person des Verklagten; doch wurde die Gültigkeit juristischer Handlungen (z. B. beim Eid, bei Testamenten) nach dem Recht des Handelnden beurtheilt. Die Ehe mußte nach dem Rechte des Mannes geschlossen werden. [1] — Mit dem Untergange und der Umbildung der alten Verfassung verlor sich nach und nach das System der persönlichen Rechte.

b. Das System der territorialen Rechte, wonach das anwendbare Recht nicht durch die Abstammung, sondern durch das Territorium bestimmt wird und das Gesetz, welches im Bereiche des Territoriums gilt, sich über alle Sachen im Territorium und über die Personen, die in demselben sind, erstreckt, hat sich im späteren Mittelalter gebildet und ist bis heute das herrschende geblieben, obwohl es sich in den verschiedenen Staaten verschieden entfaltet hat. Dies zeigt sich bei den 3 Classen, in welche man die Personen nach ihrer Beziehung zu einem bestimmten Territorium eintheilt. Man unterscheidet nämlich:

1) Personen, die den ständigen Unterthanscharacter haben, subditi personales. Sie stehen nach gemeinem und preuß. Recht in aller und jeder Beziehung unter den Gesetzen des Landes, welchem sie angehören. § 32. der Einl. z. L.-R.

2) Fremde, welche diesseits Güter haben, subditi reales, Forenses. Nach gemeinem Rechte sind sie nur in Beziehung auf ihre Grundstücke den diesseitigen Landesgesetzen unterworfen. Dies Verhältniß wird als Landsassiatus minus plenus bezeichnet. [2] Nach preuß. Rechte dagegen können Forensen ohne

[1] v. Savigny Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. Bd. 1. c. 3.
[2] v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 26. Phillips Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts. Bd. 1. § 42.

Digitized by Google

Unterschied, ob ihr Besitz beweglich oder unbeweglich ist, nicht bloß mit dinglichen, sondern auch mit persönlichen Klagen der preuß. Landeseinwohner in foro rei sitae belangt werden, ein Verhältniß, welches man Landsassiatus plenus nennt. §§ 114 u. 116, I., 2 A. G. O. § 34 des Anh. z. G. O. Kab. O. v. 15. April 1809. Rescr. vom 9. Mai 1809. § 32 der Einl. z. A. L. R. Eine Ausnahme findet aber in Beziehung auf Unterthanen der deutschen Staaten statt: gegen diese gilt nur der dingliche Gerichtsstand; [1]) doch sind hiervon wieder die kurhessischen Unterthanen ausgenommen, in Beziehung auf welche im Wege der Retorsion der volle Landsassiat zur Anwendung kommt. Kab. Ord. v. 14. Aug. 1837. (Ges. S. p. 139.)

3) Fremde, welche diesseits nur einen vorübergehenden Aufenthalt haben, subditi temporarii. Sie genießen nach gemeinem [2]) und preuß. Recht im Allgemeinen mit den subditi personales gleichen Schutz, sind aber auch dafür in Ansehung ihrer diesseits vorgenommenen Handlungen den diesseitigen Gesetzen unterworfen. §§ 34 u. 41 der Einl. z. L.-R.

Eine Ausnahme in letzterer Beziehung machen auswärtige Souveraine, so wie Gesandte eines fremden Staats als solche sammt ihrem Gefolge während der Dauer ihrer Gesandtschaft. § 36 der Einl. z. L.-R. §§ 62 — 66, I., 2. A. G. O. V. v. 14. Apr. 1795 (Stengel, Bd. 2. p. 180) V. v. 24. Sept. 1798 § 11. Nr. 4 (N. C. C. Tom X. p. 1757. § 201. des Anhangs z. A. G. O.) Auch kann die Gleichstellung der Fremden mit den Einheimischen nach gem. [3]) u. preuß. Recht wegfallen im Wege der Retorsion. § 43 der Einl. z. L.-R.

Unter dieser versteht man eine Wiedervergeltung, welche ein Staat gegen den andern wegen der in diesem in Betreff der Fremden geltenden nachtheiligen Rechtsgrundsätze ausübt. Ob die Retorsion schon wegen einer bloßen Verschiedenheit der Rechte in beiden Staaten eintreten dürfe, ist im gem. Rechte streitig, vom preuß. Rechte aber ausdrücklich verneint worden. § 42 der Einl. z. L.-R.

Auch darf der preuß. Richter nicht ohne Anfrage beim auswärtigen Departement auf Retorsion erkennen. § 44 a. a. O.

Von der Retorsion unterscheiden sich aber Repressalien dadurch, daß sie nicht eine gesetzmäßige, sondern eine unbefugte

---

[1]) Verordn. v. 7. Juli 1819 (G.-S. p. 112). Gesetz vom 2. Mai 1823. § 1. (G.-S. p. 107.) Koch Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1. § 38 Note 7.

[2]) Waechter über die Collision der Privatrechtsgesetze im Archiv, für civilist. Praxis. Bd. 24 p. 253 und Bd. 25 p. 33. Note 239. Phillips Grundsätze. Bd. 1. § 42.

[3]) Phillips a. a. O.

Digitized by Google

Beeinträchtigung der Fremden voraussetzen und auch nicht in der bloßen Wiedervergeltung durch die nämliche, sondern in jeder Handlung bestehen können, durch welche der fremde Staat genöthigt werden kann, sein unbefugtes Verfahren einzustellen.

Ob der Landesherr in seinen Privatrechtsangelegenheiten den Landesgesetzen unterworfen sei, ist im gem. Rechte streitig. [1]) In Preußen haben die Landesherrn diese Unterwerfung ausdrücklich erklärt. § 80 der Einl. z. L.-R. § 18, II, 13 u. § 81, II, 14. L.-R.

Bei einem Conflict der Rechte mehrerer subordinirter Territorien geht das speciellere Recht dem generelleren vor. Generi per speciem derogatur. Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht ꝛc. Dieser Grundsatz gilt nach gemeinem und preuß. Rechte l. 80 D. 50, 17. l. 41 D. 48, 20. Eisenhardt, das deutsche Recht in Sprüchwörtern p. 1. — § 21 der Einl. z. L.-R.

Wenn aber die Rechte mehrerer coordinirter Territorien collidiren, wird die Lösung des Conflicts oft sehr schwierig. Sie ist von den gemeinrechtlichen Juristen in der verschiedensten Weise versucht worden. Dies beweisen die zahllosen Monographieen, welche über diesen Gegenstand existiren. So viel steht fest, daß das gemeine Recht ausreichende ausdrückliche Bestimmungen über eine derartige Collision der Privatrechtsgesetze nicht enthält und daß namentlich die Grundsätze des römischen Rechts nicht nur unzulänglich, sondern auch zum großen Theil nicht mehr anwendbar sind. [2])

Seit dem 16. Jahrhundert zwar hat sich allmählich in der deutschen Doctrin eine Theorie der statuta personalia, realia und mixta gebildet; doch herrscht unter den zahlreichen Verehrern dieser Theorie nur in einzelnen Punkten Einigkeit, in den meisten dagegen Streit, und wenn sich auch über manche Grundsätze jener Theorie ein festes Gewohnheitsrecht gebildet hat, so ist dies doch keineswegs, wie unter Andern Kierulff [3]) behauptet, in allen Hauptbeziehungen der Fall. [4])

Die Eintheilung und Bezeichnung der Statuten rührt von ausländischen Juristen her.

Anfangs bedeuteten statuta personalia Gesetze, welche über die Person, realia, welche über Sachen, und mixta, welche über die Form einer Handlung Bestimmungen enthalten. Später bezeichnete man jedoch

a. als statuta personalia sämmtliche Gesetze, welche am

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 47.
[2]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 251 u. folg.
[3]) Theorie des Civilrechts. Bd. 1. p. 75 sq.
[4]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 258 sq.

Digitized by Google

Wohnorte einer Person gelten. Sie sollen zur Anwendung kommen, wenn es sich de sola persona ejusve perpetua qualitate, capacitate, conditione, statu, dignitate, nobilitate etc. handelt;

b. als statuta realia das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Sache liegt. Nach ihnen will man die Rechtsverhältnisse einer Sache an sich beurtheilt wissen.

c. als statuta mixta das Recht, welches am Orte gilt, wo eine gewisse Handlung vorfiel oder wirksam werden soll. Nach ihnen sollen Form und Wirkungen der Handlung bestimmt werden. [1])

Das preuß. Landrecht hat sich zum Theil dieser Theorie der statuta angeschlossen, welche in neuerer Zeit am gründlichsten von Wächter widerlegt ist.

Es soll nunmehr eine Zusammenstellung der anderweit von der gemeinrechtlichen Doctrin aufgestellten oder durch Gewohnheitsrecht begründeten Grundsätze, welche freilich bisweilen mit der Theorie der Statuten übereinstimmen, versucht und daneben das preuß. Recht berücksichtigt werden.

Nach gemeinem Recht nimmt man an:

1) Verträge sowie Testamente sind formell gültig, wenn sie in Ansehung der Form den Gesetzen des Orts ihrer Errichtung entsprechen, [2]) d. h. locus regit actum. [3]) Hiermit ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß nicht Testamente und Verträge auch dann als formell gültig zu behandeln seien, wenn sie zwar nicht den am Ort ihrer Errichtung, wohl aber den am Wohnorte des Testators, resp. am Orte der Erfüllung oder der Klage geltenden Formen gemäß sind.

Nach preußischem Rechte steht fest, daß in Beziehung auf die Form der (nicht Immobilien betreffenden) Verträge ebenfalls die Regel: locus regit actum und zwar im Sinne des gemeinen Rechts gilt. §§ 111 — 114. I, 5. L.-R. Streitig aber ist, ob sich diese Regel auch auf die Form der Testamente erstreckt. Koch [4]) verneint dies, während Loewenberg [5]) durch Combination der Vorschriften des L.-R. mit § 115, I, 10. A. G.-O. zu der entgegengesetzten Annahme gelangt.

---

[1]) Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 256 sq.

[2]) Beruht auf einem unstreitigen Gewohnheitsrecht. Wächter a. a. O. Bd. 25. p. 368—380. p. 405—407. Mühlenbruch Pandectenrecht. Th. I. § 10.

[3]) Die Regel: locus regit actum ist im 18. Jahrhundert entstanden und darf nicht unbedingt auf den Inhalt der Verträge bezogen werden. Wächter a. a. O. Bd. 24. p. 246 sq.

[4]) Lehrbuch, 2. Aufl. Bd. 1. § 40 Note 18.

[5]) Beiträge zur Kenntniß der Motive der preußischen Gesetzgebung. Bd. 1. p. 1 sq.

Digitized by Google

2) Der Richter hat in Allem, was die einheimischen Gesetze der autonomischen Bestimmung der Parteien überlassen, nach dem (in- oder ausländischen) Rechte zu entscheiden, welchem sich die Parteien in Ansehung jener Punkte unterworfen haben. [1])

Dies ist auch für das preußische Recht anzunehmen, obwohl hierüber ausdrückliche Bestimmungen fehlen. [2])

m. Wenn die Parteien über das ergänzende (s. g. Dispositiv-) Gesetz, welches bei ihrem Geschäfte zur Anwendung kommen soll, sich nicht erklärt haben, so wollen Einige auf Grund der l. 34. D. 50, 17 und l. 6. D. 21, 2 die Gesetze des Orts, an welchem das Geschäft geschlossen ist (quo negotium gestum est), Andere dagegen, gestützt auf die eben allegirten Stellen in Verbindung mit l. 21. D. 44, 7 und l. 3. D. 42, 5 die Gesetze des Orts, an welchem erfüllt werden soll (des s. g. juristischen Contractsorts) angewendet wissen. Die erstere Meinung verdient jedoch den Vorzug, denn nach l. 21. D. 44, 7 und l. 3, D. 42, 5 soll der Zahlungsort bloß in Beziehung auf Begründung des forum contractus, nicht aber in Beziehung auf die Auslegung und Ergänzung des Willens der Parteien juristisch als Contractsort angesehen werden. Insofern gilt also hier bei Punkten, die unter Dispositivgesetze fallen, im Zweifel die Regel: locus regit actum. [3])

Nach preußischem Recht wird es in einem solchen Falle zunächst darauf ankommen, ob sich aus den obwaltenden Umständen entnehmen läßt, welchem Rechte die Parteien sich zu unterwerfen beabsichtigt haben. [4]) Ist aber auch dies nicht möglich, so geben Einige dem Erfüllungsort [5]), Andere dem Contractsort [6]) den Vorzug. Die Praxis des Obertribunals ist schwankend. [7])

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25. p. 35. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 73.

[2]) Koch, Lehrbuch Bd. 1. § 40 Nr. III. In den Gründen des Erkenntnisses des Ob.-Trib. (IV. Sen.) vom 26. Sept. 1849 heißt es: Wo nicht ein dergl. positives Gesetz von zwingender Natur eingreift, kommt es vermöge des gegenseitigen Anerkenntnisses des Rechtszustandes anderer Staaten immer auf den eigentlichen Sitz eines Rechtsverhältnisses an. Welcher Ort als dieser Sitz anzusehen sei, darüber muß bei Verträgen hauptsächlich die freiwillige Unterwerfung der Contrahenten entscheiden. Entscheid. Bd. 18. p. 146.

[3]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 36 — 45. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 73.

[4]) Koch, Lehrbuch Bd. 1. § 40. Nr. III.

[5]) Koch a. a. O.

[6]) v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 154.

[7]) Vergl. die Präjud. 903 und 1895 (Präjud. p. 9). und die Gründe z. Erkenntn. v. 26. Sept. 1849. Entscheid. Bd. 18 p. 146.

Digitized by Google

b. Ist der Vertrag unter Abwesenden geschlossen, und haben die Parteien nicht erklärt, welchen Dispositivgesetzen sie sich unterwerfen wollen, so sollen nach der einen Ansicht die Gesetze des Erfüllungsorts, nach der andern die des Acceptationsorts, und nach einer dritten, wohl richtigen Ansicht, für einen jeden der Contrahenten die Gesetze seines Wohnortes zur Anwendung kommen.[1])

Entscheidet man sich nach preußischem Recht dafür, daß in dem Falle ad a. die Gesetze des Orts, ubi negotium gestum est, anzuwenden, so treten in dem Falle ad b. die Gesetze des Orts ein, von welchem das Instrument datirt ist. Ist aber dasselbe von mehreren Orten datirt, oder ist das Geschäft durch Briefwechsel geschlossen, so sind die Gesetze desjenigen Orts maßgebend, nach welchem das Geschäft am besten bestehen kann. §§ 112—113, I, 5. L.-R.

c. Haben endlich zwei Inländer, die im Auslande zusammentrafen, dort ein Geschäft geschlossen, das im Inlande zur Vollziehung kommen soll, so sind die einheimischen Gesetze zur Anwendung zu bringen; denn es ist in einem solchen Falle anzunehmen, daß die Parteien nur zufällig jenen Contractsort gewählt haben, nicht aber in der Absicht, sich den Gesetzen desselben zu unterwerfen.[2])

Dies wird auch nach preußischem Recht anzunehmen sein. Präjud. des I. Sen. des Ob.-Trib., 1895, vom 16. August 1847 (Entscheid. Bd. 14 p. 470) und Gründe zum Erkenntn. des Ob.-Trib. (IV. Sen.) v. 26. Sept. 1849 (Entscheid. Bd. 18 p. 146).

3) Das eheliche Vermögensverhältniß richtet sich nicht nach den Gesetzen des Orts, wo die Ehe eingegangen wurde, sondern nach dem Orte, wo die Eheleute ihr erstes Domicil hatten, und zwar auch in Ansehung ihrer auswärts gelegenen Immobilien.[3])

Dieser Satz gilt auch im preußischen Rechte. §§ 350, 355 bis 369, II, 1. L.-R.

Ob eine Aenderung des Domicils auch eine Aenderung dieser Vermögensverhältnisse, und namentlich in Beziehung auf die späteren Gläubiger begründet, ist streitig; die richtige Ansicht sagt: „nein“![4])

Das preußische Recht knüpft zwar an die Veränderung des Wohnsitzes noch keine Veränderung der Güterverhältnisse unter den Eheleuten selbst; doch soll, wenn Ehe-

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 45 und 46.
[2]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 46.
[3]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 47 sq.
[4]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 57.

Digitized by Google

leute ihren Wohnsitz von einem Orte, wo keine Gütergemeinschaft gilt, nach einem andern, wo dieselbe stattfindet, verlegt haben, den späteren Gläubigern gegenüber Gütergemeinschaft angenommen werden. §§ 351—353, II, 1. L.-R.

4) In Beziehung auf die Frage über das Vorhandensein einer Eigenschaft an sich wird der Fremde — sofern die einheimischen Gesetze überhaupt eine solche Eigenschaft anerkennen — nach den Gesetzen seines Wohnorts beurtheilt. Daher wird der Fremde, welcher nach den Gesetzen seines Staates volljährig ist, aber nach gemeinem Rechte noch minderjährig sein würde, dennoch als volljährig behandelt.[1])

Welche Wirkungen aber jener Eigenschaft beizulegen sind, ist streitig. Nach der richtigen Ansicht hat der Richter die rechtlichen Wirkungen jener Eigenschaft, sofern es sich nicht bloß von der Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit eines im fremden Lande handelnden Fremden, die in diesem Falle nur nach den Gesetzen seines Staates beurtheilt werden könnte, handelt, in der Regel nach den diesseitigen Gesetzen zu beurtheilen.[2])

Auch nach preußischem Rechte werden Fremde in Ansehung ihrer persönlichen Eigenschaften nach dem Rechte ihrer Heimath beurtheilt; sind sie aber Forensen, so gilt die Ausnahme, daß wenn sie Rechtshandlungen in Beziehung auf hier befindliche Sachen vornehmen, dasjenige Recht zur Anwendung kommt, nach welchem die Handlungen am besten bestehen können. §§ 34 und 35 der Einl. z. L.-R.[3])

Einheimische werden ebenfalls, wenn es sich um ihre persönlichen Eigenschaften handelt, nach den Gesetzen ihres persönlichen Gerichtsstandes angesehen, welcher sich zunächst nach ihrem Domicil, eventuell nach ihrer Herkunft richtet. Ein Inländer aber, welcher nicht nur kein bestimmtes Domicil hat, sondern auch von unbekannter Herkunft ist, oder den Ort seiner Herkunft im Auslande hat, ist entweder nach den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthalts oder nach den allgemeinen Landesgesetzen zu beurtheilen, je nachdem die einen oder die andern Gesetze eine von ihm unternommene Handlung am füglichsten bestehen lassen.

---

[1]) Beruht auf einem allseitig anerkannten deutschen Gewohnheitsrechte Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 175 und 177. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 72.

[2]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p 177 sq.

[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 40 Nr. I.

Digitized by Google

Hat endlich Jemand einen doppelten Wohnsitz, so wird seine Handlungsfähigkeit nach den Gesetzen derjenigen von beiden Gerichtsbarkeiten beurtheilt, welche die Gültigkeit des Geschäfts am meisten begünstigt. §§ 23—27 und 34, 35 der Einl. z. L.-R.

5) Die Familienverhältnisse, sowie die Gültigkeit der Ehen der Ausländer sind nach deren Gesetzen zu beurtheilen. Bestehen aber Familienverhältnisse zwischen Aus- und Inländern, so kommt das diesseitige Recht zur Anwendung. Auch dürfen die persönlichen Wirkungen der Familienverhältnisse der Ausländer nicht der Art sein, daß sie das diesseitige Gesetz an und für sich für verwerflich und unzulässig erklärt.[1])

Diese Grundsätze möchten auch dem Geiste des preuß. Rechts entsprechen. Ausdrückliche Bestimmungen fehlen.

6) Die Vermögensverhältnisse einer Person im Ganzen und nicht obligatorische Verfügungen über ihr Vermögen hat der Richter nach dem Rechte ihres Wohnorts zu beurtheilen, ohne Rücksicht darauf, wo die Vermögenstheile liegen. Deshalb richtet sich auch die Intestat- wie die testamentarische Erbfolge lediglich nach den Gesetzen des Wohnorts des Erblassers.[2])

Für das preuß. Recht stellt Koch[3]) dieselben Grundsätze auf; ihnen hat sich auch das Ob.-Trib. angeschlossen.[4]) Andere halten sie durch § 32 der Einl. z. L.-R. modificirt, so z. B. Bornemann[5]) und v. Daniels.[6]) Bei einem doppelten Wohnsitz des Erblassers kann es allerdings zu besonderen Successionen in die verschieden gelegenen Vermögenstheile nach Maaßgabe der §§ 29 sq. der Einl. z. L.-R. kommen.

7) Handelt es sich um Bestimmungen, welche unmittelbar Sachen als solche betreffen, z. B. die Art und Weise, wie die dinglichen Rechte an ihnen erworben werden, die Natur, den Umfang, die Beschränkungen dieser Rechte, die Frage, welche Personen solche Sachen habe können, die Grundsätze über ihren Besitz ꝛc., so hat der Richter die Gesetze des Orts, wo die Sachen liegen, ohne Rücksicht auf den Wohnort der dabei Betheiligten zur Anwendung zu bringen. Namentlich gilt hier in Beziehung auf die zur Erwerbung eines dinglichen Rechts an der Sache nothwendige Form nicht der Grundsatz: locus regit actum.

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 184 sq.
[2]) Der Satz ist streitig; Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 188 sq.
[3]) Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1. § 40 Nr. III.
[4]) Gründe zum Erkenntn. v. 8. Nov. 1844. (Entscheid. Bd. 10 p. 145).
[5]) System erste Ausgabe Bd. 1 p. 203. cf. auch zweite Ausgabe p. 55 sq.
[6]) Lehrbuch Bd. 1 p. 153 Nr. 30.

Digitized by Google

Einige unterscheiden jedoch zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und wenden auf die betreffenden Fragen bei beweglichen Sachen die Gesetze des Wohnorts des Eigenthümers oder dinglich Betheiligten an.[1])

Das preuß. Landrecht hat diese jetzt von den meisten gemeinrechtlichen Schriftstellern bekämpfte Unterscheidung adoptirt. Unbewegliche Sachen sollen ohne Rücksicht auf die Person des Eigenthümers den leges rei sitae unterworfen sein. §§ 32 der Einl. § 115, I., 5. L.-R. Wie weit aber die Unterwerfung der Immobilien unter die leges rei sitae auszudehnen, ist streitig. Einige lassen sogar bei der Universalsuccession in Ansehung derjenigen dem Erblasser gehörigen Immobilien, welche sich nicht unter der Gerichtsbarkeit desselben befinden, eine besondere Erbfolge nach den leges rei sitae zu.[2]) Andere dagegen beschränken die Anwendbarkeit der leges rei sitae nur auf diejenigen Rechtsverhältnisse, welche unmittelbar die Sache als solche betreffen[3]), eine Ansicht, welche der oben angeführten gemeinrechtlichen entspricht. Das bewegliche Vermögen eines Menschen soll lediglich nach den Gesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit desselben beurtheilt werden, und wenn er unter mehr als einer Gerichtsbarkeit steht, so sollen die Gesetze derjenigen Gerichtsbarkeit den Vorzug haben, unter welcher sich das bewegliche Vermögen befindet. Ist es aber an einem dritten Orte, so sollen die Gesetze derjenigen von den mehreren Gerichtsbarkeiten Anwendung finden, welche den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts am Nächsten kommen. Hat endlich Jemand gar keinen bestimmten Wohnsitz, so soll sein bewegliches Vermögen nach den Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthaltsorts beurtheilt werden §§ 28—31 der Einl. z. L.-R.

8) Die civilrechtlichen Folgen der Delicte hat der Richter nach den Gesetzen seines Staates zu beurtheilen. Dieser Satz ist unzweifelhaft, wenn es sich um Delicte handelt, die ein Unterthan des gemeinen Rechts gegen den andern, sei es im In- oder Auslande, verübt hat. Wie aber, wenn die Beschädigung von einem

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 199 und 200, 383 sq.

[2]) Bornemann System Bd. 1 p. 203 und v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 153 Nr. 30.

[3]) z. B. der 1. Sen. des Ob. Trib. in dem Präj. 633 (Präj. p. 4). So auch sagt Suarez in einer Revis. Bemerkung: statuta realia sind leges, quae rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt. (Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 10. p. 147.)

Digitized by Google

Einheimischen einem Fremden zugefügt ist? Die Fremden sind im Allgemeinen den Einheimischen privatrechtlich gleichgestellt. Wollte der einheimische Richter bei Beurtheilung der civilrechtlichen Folgen des Delicts etwa deshalb, weil der Verletzte ein Ausländer oder die Beschädigung ihm im Auslande zugefügt ist, nicht die einheimischen, sondern die auswärtigen Gesetze, welche dem Verletzten günstiger oder ungünstiger sind, als die diesseitigen Gesetze, in Anwendung bringen, so würde der verletzte Fremde im Verhältniß zum verletzten Einheimischen entweder bevorzugt oder benachtheiligt sein, mithin das Prinzip der Gleichstellung nicht gewahrt werden. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß dem obigen Grundsatze eine allgemeine, uneingeschränkte Geltung zukommt, wenn dies auch von Vielen in Abrede gestellt wird.[1])

In gleicher Weise wird sich die Frage auch für das preußische Recht beantworten lassen, da dasselbe ebenfalls die Fremden den Einheimischen privatrechtlich gleichstellt. § 41 der Einl. z. L.-R. Will man jedoch von der Regel: locus regit actum auch in Ansehung der civilrechtlichen Folgen der Delicte Gebrauch machen, so kann dies höchstens in dem Fall geschehen, wo der Beschädigte einer andern Gesetzgebung unterthan ist als der Beschädiger[2]); nicht aber dann, wenn Beide unter denselben persönlichen Statuten stehen, wenn also z. B. ein Berliner den andern in Frankreich beschädigt hat.[3])

9) Die Ansprüche der Geschwächten richten sich, wie die civilrechtlichen Folgen der Delicte, stets nach den einheimischen Gesetzen; die Ansprüche des unehelichen Kindes aber nach demjenigen Rechte, welches für die Beurtheilung der Familienverhältnisse als das anwendbare bezeichnet worden ist. cf. Nr. 5.[4])

Im preußischen Recht ist die Frage, nach welchen Gesetzen die Ansprüche der Geschwächten sich richten, schon in Folge der Meinungsverschiedenheit über das Verhältniß der Geschwächten zum Schwängerer (dasselbe wird von Einigen für ein vertragsmäßiges, von Andern für ein Delictähnliches gehalten) überaus controvers.

Was die Ansprüche des unehelichen Kindes betrifft, so hat das Ober-Tribunal in dem einen Falle angenommen: dieselben seien lediglich nach den persönlichen Ge-

---

[1]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 389 sq.

[2]) Der dem Präj. 1321a. (Entsch. Bd. 9 p. 381 sq.) zum Grunde liegende Fall betraf eine Beschädigung, die ein Bewohner der Mark in Westpreußen einem dortigen Einwohner zugefügt hatte.

[3]) Koch Lehrbuch 2. Aufl. Bd. 1 § 40 Nr. III.

[4]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 396.

Digitized by Google

setzen des Schwängerers zu beurtheilen,[1]) in einem späteren Falle aber diejenigen Gesetze, welchen das uneheliche Kind bei seiner Geburt unterworfen war, für allein anwendbar erachtet.[2]) Ein festes Prinzip läßt sich also aus der Praxis des Ober-Tribunals nicht erkennen. Ein gleiches gilt von der Doctrin. Jedenfalls sind die oben aufgestellten gemeinrechtlichen Grundsätze auch für das preußische Recht haltbar.

10) Bei Obligationen aus Verträgen hat der Richter in denjenigen (den Inhalt betreffenden) Punkten, in welchen ein Präzeptiv- oder Prohibitivgesetz in seinem Staate besteht, in der Regel dieses Gesetz seines Staates zur Anwendung zu bringen, dagegen in Allem, was die einheimischen Gesetze der autonomischen Bestimmung der Parteien überlassen, nach dem (in- oder ausländischen) Rechte zu entscheiden, welchem sich die Parteien in Ansehung solcher Punkte unterworfen haben.[3]) cf. Nr. 2.

Gilt auch für das preußische Recht; cf. die Gründe zum Erkenntniß des Ober-Tribunals (IV. Sen.) v. 26. Sept. 1849 (Entsch. Bd. 18 p. 146).

11) Die Extinctivverjährung richtet sich nach den Gesetzen, unter welchen das Rechtsverhältniß, bei dem sie eingreift, steht; dies werden in der Regel die Gesetze des Klageorts, bisweilen auch die des Contractorts sein.[4])

Für das preußische Recht hat das Ober-Tribunal in dem Präj. 1524 v. 15. Januar 1845 (Entsch. Bd. 11 p. 232) folgende Grundsätze aufgestellt:

a. Der Einwand der Verjährung gegen eine persönliche Schuldklage ist im Allgemeinen nach den im ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Bekl. gültigen Gesetzen zu beurtheilen.

b. Dies findet auch in dem Falle Anwendung, wenn der Bekl. als Ausländer im Auslande unter der Herrschaft der dortigen Gesetze — oder ein Inländer in einer andern Gerichtsbarkeit, unter der Herrschaft der in dieser bestehenden besonderen Gesetze — eine Schuld contrahirt, später seinen Wohnsitz in das Inland — oder in eine andere Gerichtsbarkeit im Inlande — verlegt hat, und der Ablauf der Verjährung der Schuld erst unter der Herrschaft der Gesetze des neuen Domicils eintritt.

---

[1]) Erkenntniß des 1 Sen. v. 25. Nov. 1847 (Rechtsfälle Bd. 3 p. 155).

[2]) Plenarbeschluß v. 21. Nov. 1849 nebst Motiven (Entsch. Bd. 18 p. 39.)

[3]) Waechter a. a. O. Bd. 25 p 401.

[4]) Dieser Satz ist vielfach bestritten. Waechter a. a. O. Bd. 25 p. 411.

Digitized by Google

c. Bestimmen die Gesetze des neuen Domicils eine kürzere Verjährung, so kann der Bekl. auf diese nur insofern sich stützen, als der volle kürzere Zeitraum derselben seit der Begründung des neuen Domicils bis zur Anstellung der Klage abgelaufen ist;
d. Auch kann der Bekl. auf diese kürzere Verjährung nur dann sich gründen, wenn er nachweist, daß der Kläger von der Veränderung des Wohnsitzes des Bekl. so zeitig Kenntniß erhalten hat, daß er noch vor Ablauf der kürzeren Verjährung die Klage gegen den Schuldner in dem Gerichtsstande des neuen Domicils hätte anstellen können.
Diese Grundsätze treffen jedoch das wahre Wesen der Sache nicht. Die Gesetze über die Extinctivverjährung haben keine absolute (zwingende), sondern nur eine subsidiarische Natur; denn es ist nach § 565, I, 9 L.-R. den Parteien unbenommen, über die Verjährung beliebige Bestimmung zu treffen; der Richter hat daher principaliter nach dem, was die Parteien in Ansehung der Verjährung verabredet haben, sich zu richten, event. die mangelnde Verabredung aus denjenigen (fremden oder einheimischen) Gesetzen zu ergänzen, welchen sich die Parteien überhaupt in Ansehung der ihrer Privatautonomie überlassenen Punkte ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. cf. Nr. 2. a. b. c. Somit ist die Anwendung ausländischer Verjährungsgesetze dem preuß. Richter keineswegs im Allgemeinen untersagt. —

Digitized by Google

Von der Auslegung der Gesetze.

Wir müssen unterscheiden:

1) den wirklichen Sinn oder Gedanken des Gesetzes (mens, sententia legis);

2) den unmittelbar aus dem Wortlaut sich ergebenden Gedanken, Wortverstand, von Einzelnen argumentum legale genannt; [1])

3) den Gesetzesgrund (ratio legis.) Man versteht darunter:

a. die äußere Veranlassung zur Promulgation des Gesetzes, auch occasio oder ratio legis extrinseca genannt (z. B. das Verbrechen, welches zu dem S. C. Macedonianum Veranlassung gegeben hat; l. 1. pr. D. 14. 6.)

b. die bereits vorhandene höhere Rechtsregel, deren consequente Durchführung sich als die Aufgabe des gegenwärtigen Gesetzes darstellt; [2])

c. ein außer dem Inhalte des Gesetzes liegendes Ziel, auf welches das Gesetz nur indirect einwirken will. Hier ist ratio gleichbedeutend mit „Zweck" oder „Absicht" und unterscheidet sich von mens oder sententia legis darin, daß die letzten beiden Ausdrücke sich auf das unmittelbare Ziel des Gesetzes, die Feststellung der Natur eines Rechtsverhältnisses, beziehen. Ein Beispiel wird dies klar machen. Das Rechtsverhältniß der Hauskinder in der Art zu bestimmen, daß aus den ihnen gegebenen Gelddarlehnen in der Regel weder sie selbst noch ihre Väter sollten in Anspruch genommen werden dürfen, war das unmittelbare Ziel d. i. der Inhalt (mens, sententia) des S. C. Macedonianum. Durch diese Bestimmung sollte aber wieder ein anderer, entfernterer Zweck erreicht werden, nämlich der: wucherliche, die Familienverhältnisse gefährdende Geschäfte mit Hauskindern unmöglich zu machen. Dies mittelbare, außer dem Inhalte liegende Ziel war also die ratio des S. C. Mac. [3])

d. die ratio decidendi d. i. die Rechtsregel, auf welcher

---

[1]) Mühlenbruch Pand. Th. 1. § 61.

[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 217.

[3]) v. Savigny System Bd. 1. p. 219. Note a. Die Absicht kann auch in dem Gesetze selbst ausgesprochen sein. Solche Aeußerungen über Motiv, Absicht ꝛc. heißen verba enunciativa oder relativa im Gegensatz zu den Worten, welche den eigentlichen gesetzlichen Ausspruch enthalten und verba dispositiva s. decisiva genannt werden.

Digitized by Google

die in den röm. und can. Rechtsbüchern häufig vorkommenden Entscheidungen concreter Fälle beruhen.[1])

Versteht man aber mit Mühlenbruch[2]) unter ratio legis auch den juristischen Grundgedanken, welcher sich aus jedem (?) Gesetze soll entwickeln lassen, so fällt der Unterschied zwischen mens (sententia) und ratio legis hinweg.

Die Auslegung (interpretatio) ist nun das Mittel, wodurch der wirkliche Sinn (mens, sententia) der Gesetze festgestellt wird. Sie zerfällt:

a. in die s. g. legale d. i. diejenige, welche von der rechterzeugenden Macht im Staate ausgeht und entweder eine authentische d. h. vom Gesetzgeber selbst herrührende oder eine usuelle d. i. auf Gewohnheitsrecht beruhende ist;

b. in die s. g. doctrinelle, worunter die durch freie wissenschaftliche Thätigkeit bewirkte Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens verstanden wird.

Ob und in welchem Umfange bei der doctrinellen Interpretation von der ratio legis in der zu a. bis c., angegebenen Bedeutung Gebrauch gemacht werden kann, ist unter den Rechtslehrern überaus streitig. Allerdings kann die ratio legis bisweilen zur Ermittlung des wirklichen Sinnes dienen, nach welchem alsdann der unmittelbare Wortverstand zu berichtigen ist[3]); nie aber darf der wirkliche Sinn des Gesetzes selbst nach der ratio legis berichtigt werden, denn dann würde die doctrinelle Interpretation in das Amt des Gesetzgebers eingreifen.

Die legale Interpretation schließt natürlich die doctrinelle aus. Beide sind übrigens keineswegs bloß auf dunkle Gesetze beschränkt, obwohl sie bei einer Mangelhaftigkeit des gesetzlichen Ausdrucks von besonderer Wichtigkeit sind. Diese Mangelhaftigkeit kann aber bestehen:

a) in einer Unrichtigkeit des Ausdrucks d. h. in einer Verschiedenheit des wirklichen und des unmittelbar aus dem Wortlaut sich ergebenden Gedankens;

b) in einer Unbestimmtheit (Unvollständigkeit oder Vieldeutigkeit) des Ausdrucks, d. h. in einer solchen Beschaffenheit desselben, daß durch ihn allein ein bestimmter vollendeter Gedanke gar nicht erkannt zu werden vermag.

Nach dem Resultate, welches die doctrinelle Interpretation bei einer Unrichtigkeit des Ausdrucks hat, unterscheidet man wieder:

---

[1]) Mühlenbruch Pand. Th. 1. § 61.

[2]) Pand. Th. 1. § 61.

[3]) Denn l. 19 D. 10, 4 sagt: verba legis captanda non esse sed qua mente quid diceretur animadvertendum. v. Savigny System Bd. 1. p. 321.

Digitized by Google

a. eine interpretatio extensiva (ausdehnende Auslegung). Diese besteht in dem Nachweis, daß der wirkliche Sinn des Gesetzes über den unmittelbaren Wortverstand hinausgeht. Hierzu führt in vielen Fällen das s. g. argumentum a contrario. Dasselbe beruht auf der Annahme, der Gesetzgeber habe indirect ausgesprochen, das Gegentheil der gesetzlichen Bestimmung solle in den Fällen eintreten, wo diejenigen Merkmale nicht vorhanden sind, an welche das Gesetz seine Disposition ausdrücklich anknüpft.

Es kann nämlich eine Regel bis zu einer gewissen Grenze dergestalt ausgesprochen sein, daß darin der bestimmte Gedanke enthalten ist, jenseits dieser Grenze solle das Entgegengesetzte gelten. So z. B. liegt in dem prätorischen Ausdruck: intra annum judicium dabo zugleich der Sinn: post annum non dabo und die Beziehung des Ausdrucks hierauf ist unzweifelhaft eine ausdehnende Auslegung. Auf Fälle dieser Art geht der Rechtssatz: cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat, d. h. was ein Gesetz nur bis zu einem gewissen Zeitpunkte gestattet, ist nach diesem Zeitpunkte verboten l. 22. D. 1, 3. Donellus 1, 14. Im Zusammenhange hiermit steht auch die Regel der Practiker: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis;

b. eine interpretatio restrictiva (einschränkende Auslegung), bestehend in dem Nachweis, daß der vom Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck mehr enthalte, als der wirkliche Sinn des Gesetzes. Dieser Nachweis stützt sich häufig auf das s. g. argumentum ab absurdo: daß die buchstäbliche Auslegung des Ausdrucks auf einen Widerspruch mit dem anerkannten Grunde führen würde. Ist z. B. ein Rechtssatz zur Begünstigung gewisser Personen eingeführt, so würde jede einzelne Anwendung zu ihrem Schaden mit dem Grunde im Widerspruch stehen, und dieses muß verhütet werden durch eine einschränkende Auslegung des zu allgemeinen Ausdrucks, l. 25 D. 1, 3 u. l. 6. C. 1, 14. Insofern kann man allerdings sagen: „cessante ratione legis cessat lex ipsa", ein Satz, der im Uebrigen falsch ist.

Zur Ermittelung des wirklichen Sinnes, im Gegensatz zu dem bloß durch den Wortlaut bezeichneten, dient vornämlich der innere Zusammenhang der Gesetzgebung.

Bei einer Zweideutigkeit des Ausdrucks aber wird die doctrinelle Interpretation in Ansehung ihres Resultats eingetheilt:

a. in die interpr. lata, die Auslegung nach der weiteren Bedeutung;

b. in die interpr. stricta, die Auslegung nach der engeren Bedeutung, und

c. in die interpr. declarativa, die Auslegung, durch welche von mehreren Bedeutungen gleichen Umfanges die richtige gefunden wird. Doch nennt man interpr. declarativa auch die

Digitized by Google

Entwicklung des Sinnes beim Vorhandensein eines unvollständigen Ausdrucks, so wie endlich den Nachweis, daß der unmittelbare Wortverstand mit dem wirklichen Gedanken des Gesetzes harmonire, daß also eine Unrichtigkeit des Ausdrucks nicht vorhanden sei.

Viele neuere Schriftsteller theilen die doctrinelle Interpretation auch in die grammatische und logische ein. Erstere soll es mit der Bestimmung der Bedeutung, welche den gebrauchten Worten an sich oder in ihrer Verbindung zukommt, zu thun haben; letztere dagegen auf die Darlegung des Verhältnisses zwischen der Willensmeinung oder Absicht des Gesetzgebers und dem gebrauchten Ausdruck gerichtet sein. Die grammatische soll als Regel gelten, die logische nur ausnahmsweise zugelassen werden. Die Unrichtigkeit einer solchen Eintheilung hat jedoch v. Savigny nachgewiesen, indem er ausführt, daß jede Interpretation, wenn sie gelingen solle, vier Elemente in sich vereinigen müsse, nämlich:

a. das grammatische Element, welches in der Darlegung der vom Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze bestehe,

b. das logische Element, welches sich mit der Gliederung des Gedankens d. h. mit dem logischen Verhältniß, in welchem die einzelnen Theile des Gedankens zu einander stehen, beschäftige,

c. das historische Element, das den zur Zeit des gegebenen Gesetzes für das vorliegende Rechtsverhältniß durch Rechtsregeln bestimmten Zustand zum Gegenstande habe,

d. das systematische Element, welches sich auf den innern Zusammenhang aller Rechtsinstitute und Rechtsregeln beziehe.[1])

Von diesen vier Elementen wird allerdings in vielen Fällen das eine oder andere überwiegend hervortreten.

Die Summe der Auslegungsregeln selbst wird Hermeneutik genannt, im Gegensatze zur Kritik, welche die Feststellung des Textes der Gesetze zum Gegenstande hat, sich in eine höhere und niedere (die s. g. diplomatische) scheidet und besonders für den Gebrauch der justinianischen Gesetzgebung von größter Wichtigkeit ist. Die niedere Kritik hat die Aufgabe, das Material sicher und vollständig herbeizuschaffen; der höheren liegt die Herstellung des wahren Textes aus dem gegebenen Material ob.[2])

Wie wir schon in der Geschichte der Rechtsquellen (pag. 7) gesehen haben, erhielt das römische Recht in der älteren Zeit seine Fortbildung zum großen Theil durch die Interpretation der Juristen, welche hierbei freilich die Grenzen einer wahren Auslegung sehr oft überschritten. Deshalb heißt interpretatio im

[1]) v. Savigny System Bd. 1. p. 213 sq.
[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 242.

Digitized by Google

Munde der älteren römischen Juristen nicht bloß Auslegung, sondern überhaupt Lehre, Ueberlieferung, kurz Alles, was unter den Begriff des wissenschaftlichen Rechts fällt.

Mit der völlig entwickelten kaiserlichen Macht hörte jedoch diese freie Stellung der römischen Juristen auf. So bestimmte schon Constantin: inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere (l. 1. C. 1, 14.) d. h. wenn durch Auslegung irgend ein Satz der aequitas gegen das strenge Recht neu eingeführt werden soll, so darf dies nur vom Kaiser selbst geschehen. Noch weiter ging Justinian, indem er im Publications-Pat. zu den Digesten verordnete: Wenn sich ein Zweifel über den Sinn eines Gesetzes finde, so sollten diesen die Richter dem Kaiser zur Entscheidung vorlegen; denn der Kaiser sei sowohl der einzige Gesetzgeber, als auch der einzige Interpret. (si quid vero ... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per judices referatur et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari l. 2. § 21. C. 1, 17.) Trotzdem finden sich in den Digesten eine Menge Regeln für die Auslegung der Gesetze. Ueber den Sinn, in welchem diese Regeln in die Digesten aufgenommen worden, so wie über die eigentliche Bedeutung der im Publikationspatente enthaltenen justinian. Bestimmung gehen die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr weit auseinander. Die Einen meinen,[1]) das Verbot der Privatauslegung beziehe sich nur auf ganz unverständliche Gesetze, bei denen alle Hermeneutik nicht anschlagen wolle; v. Savigny dagegen führt aus, daß eine solche Einschränkung des Verbots unrichtig sei, und daß die Aufnahme der Interpretationsregeln in die Digesten nur den Zweck gehabt habe, die Art und Weise, in welcher der Kaiser Gesetze auslegen werde, anzukündigen und denjenigen Beamten, welche in Auslegungsgeschäften von ihm gebraucht werden würden, eine Anweisung zu geben.[2])

Ebenso streitig ist die Frage, welchen Werth die römischen Auslegungsregeln da, wo gemeines Recht gilt, haben. v. Savigny will dieselben nur als Achtung gebietende Autorität, keineswegs aber als Vorschriften mit verbindender Kraft gelten lassen.[3])

Eine Verarbeitung der im römischen Recht enthaltenen Auslegungsregeln zu einer Theorie der doctrinellen Interpretation ist vielfach, bald mit mehr, bald mit weniger Glück, versucht worden. Wir verzichten auf die Darstellung dieser Theorien, welche dem Zweck dieses Buches nicht entsprechen würde, und verweisen lieber

[1]) So z. B. Mühlenbruch Pand. Th. 1. § 54.
[2]) v. Savigny System Bd. 1. p. 306.
[3]) v. Savigny System Bd. 1. p. 311 sq.

Digitized by Google

auf die Arbeit v. Savigny's: System Bd. 1. p. 222 sq. Cf. auch Mühlenbruch Pandekten Th. 1. § 60 sq., Puchta Vorles. Bd. 1. p. 35 sq.

Im Gegensatze zu der Ansicht mancher Rechtsgelehrten, daß die doctrinelle Interpretation selbst den wirklichen Gedanken des Gesetzes nach der engeren oder weiteren Absicht (ratio) des Gesetzgebers berichtigen dürfe, hatte sich eine Meinung gebildet, welche die Auslegung dunkler Gesetze, als eine Art der Gesetzgebung, dem Richter gänzlich absprach und dem Gesetzgeber allein zuwies.

Dieser letzteren Ansicht schloß sich das preuß. Landrecht an, indem es (ähnlich wie Justinian in dem Publ. Pat. zu den Digesten that) die Richter anwies, bei dunklen Gesetzen die Entscheidung der Gesetzcommission einzuholen. § 48 der Einl. Später wurde diese Bestimmung jedoch aufgehoben. Die Richter sollten bei Gesetzen, deren Sinn zweifelhaft, nach den „allgemeinen Regeln der Auslegung" verfahren und nur die vermeinte Dunkelheit dem Chef der Justiz zum Behuf der künftigen Legislation anzeigen. § 2 des Anh. z. L.-R.

Da das A. L.-R. dem Richter die Auslegung dunkler Gesetze verbot, so konnte es nicht zugleich Regeln für dieselbe geben. Die „allgemeinen Auslegungsregeln", auf welche § 2 des Anhangs verweist, fehlen daher und müssen aus den im L.-R. aufgestellten Grundsätzen über die Auslegung der Willenserklärungen (§§ 65—74, I, 4.) entnommen werden.

Außerdem ist durch K. O. v. 20. Juni 1816 (Ges. S. p. 204.) bestimmt worden, daß bei einer jeden Auslegung auch da, wo amtlich angeordnete Uebersetzungen im Gebrauch sind, der für den Urtext erklärte deutsche Text zum Grunde gelegt werden soll.

Die Anwendung der Analogie ist dem preuß. Richter ausdrücklich gestattet. § 49. Einl. z. L.-R. Auch vom römischen Recht wird ihre Zulässigkeit anerkannt; l. 12, l. 27, l. 32 D. 1. 3; l. 2 § 18. C. 1, 17. Man versteht aber unter Analogie die nach dem Gesetz der innern Aehnlichkeit und Verwandtschaft aus dem gegebenen Recht hergeleitete Beantwortung einer vom positiven Recht nicht entschiedenen Frage.

Die analog. Rechtsfindung stellt sich somit dar als die Ergänzung des Rechts aus seinem eigenen Organismus heraus und unterscheidet sich von der ertensiven Interpretation dadurch, daß diese sich mit einem vorhandenen Gesetze, dessen Ausdruck nur unrichtig ist, jene aber mit einer Lücke in der Gesetzgebung beschäftigt.

Wenn das Gegebene, von welchem die analogische Rechtsfindung ausgeht, ein bestimmtes einzelnes Gesetz ist, so wird der gefundene Rechtssatz gewöhnlich als eine Entscheidung ex argumento legis bezeichnet, unter Berufung auf die Regel: ubi eadem

Digitized by Google

ratio legis, ibi eadem dispositio. Untauglich zur analogen Anwendung ist Alles, was die Natur einer Ausnahme von der allgemeinen Regel hat: z. B. das jus singulare und Privilegien im engeren Sinne. l. 14 D. 1, 3. l. 141 pr. u. l. 162 D. 50, 17. Hierauf beruht das Verbot der Conc. Ord. § 488, I., 50 A. G. O.

Aufhebung der Gesetze.

Dieselbe kann nach gemeinem und preuß. Recht erfolgen:

1) Durch ein neues Gesetz, welches die Aufhebung des älteren entweder ausdrücklich ausspricht, oder Bestimmungen enthält, welche den älteren Vorschriften widersprechen. Jus posterius derogat priori. l. 4. D. 1, 4. § 59 der Einl. z. L.-R. Doch wird particuläres Recht (Statuten und Provinzialgesetze) sowie anomalisches Recht durch neuere allgemeine Gesetze nur dann aufgehoben, wenn in diesen die Aufhebung deutlich verordnet ist. arg. c. 1. de const. in VI. 1. 2; l. 41. D. 48, 19; l. 3. § 5. D. 47, 12. § 61 der Einl. z. L.-R.[1]) Bei den Römern sagte man:

lex abrogatur i. e. prior lex tollitur,
lex derogatur i. e. pars primae legis tollitur,
lex subrogatur i. e. adjicitur aliquid primae legi,
lex obrogatur i. e. mutatur aliquid ex prima lege.
l. 102. D. 50, 16. Ulp. fragm. 1, 3.

2) Durch Ablauf der Zeit, für welche das Gesetz (lex transitoria) gegeben ist.[2])

3) Durch gänzliche Veränderung der geschichtlichen Voraussetzungen.[3])

4) Nach gemeinem Recht auch durch consuetudo obrogatoria (cf. p. 35); nicht aber nach preuß. Recht. § 60 der Einl. z. L.-R.

[1]) Mühlenbruch Pand. Th. I. § 52. v. Savigny System, Bd. 1 p. 265.
[2]) Mühlenbruch Pand. Th. I. § 52.
[3]) Mühlenbruch a. a. O. Koch Lehrbuch Bd. 1 § 25.

Digitized by Google

Von den Privilegien im engeren Sinne.

A. Begriff und Eintheilung derselben.

Privilegien im engeren Sinne sind zwar Ausnahmen vom Recht überhaupt zu Gunsten oder zum Nachtheil eines bestimmten Individuums (cf. p. 2). Insofern sie jedoch eine Norm für die Rechtsverhältnisse des privilegirten Individuums ausmachen, pflegt man sie den Rechtsquellen (dem Recht im objectiven Sinne) beizuzählen. Versteht man aber unter Privilegien die Befugnisse, welche jener Norm entsprechen, so gehören sie in die Lehre von den Rechten (dem Recht im subjectiven Sinne).

Man theilt die Privilegien, wie folgt, ein:

1) Je nachdem sie dem Privilegirten vortheilhaft oder nachtheilig sind a. in favorabilia und b. in odiosa (von Letzteren wird hier nicht gehandelt).

2) Je nachdem sie zu einem Thun oder zu einem Unterlassen berechtigen a. in affirmative und b. in negative. Zu den affirmativen gehören Monopole (Befugniß mit diesem oder jenem Artikel allein Handel zu treiben) und Patente (Befugniß, gewisse Fabrikate allein zu verfertigen); zu den negativen rechnet man Befreiungen von Abgaben und Lasten (s. g. Immunitäten) ꝛc. Das Landrecht bezeichnet die affirmativen Privilegien als Privilegien schlechthin, die negativen nennt es „verliehene Freiheiten"; § 54. Einl. z. L.-R.

3) Je nachdem sie einer Person, einer unbeweglichen Sache oder einem Forderungsrechte ertheilt sind a. in privilegia personae, b. in privilegia rei und c. in privilegia causae.[1]) Unter privilegia mixta pflegt man nicht nur solche zu verstehen, welche einer Person in Verbindung mit einer Sache gegeben sind, sondern auch die auf die Erben mitlautenden.

4) Je nachdem sie unentgeltlich oder gegen Entgeld verliehen sind a. in gratuita und b. in onerosa.

5) Je nachdem sie aus eigener Bewegung des Regenten, oder auf Ansuchen gegeben worden, in a. gratiosa und b. conventionalia.

6) Unterscheidet man a. Privilegien, welche auf zukünftige,

---

[1]) Vorstehende Eintheilungen finden auch auf die Privilegien im weiteren Sinne (das jus singulare oder s. g. beneficia legis) Anwendung, wie denn überhaupt die Privilegien im weiteren und engeren Sinne zum großen Theil ganz denselben Vorschriften unterliegen. Das Allg. Landrecht wirft beide zusammen.

Digitized by Google

und b. solche, die auf vergangene Fälle gehen. Zu Ersteren rechnet man unter Andern die Dispensationen und Concessionen; zu Letzteren die Abolitionen ꝛc.

Als eine besondere Art der Privilegien sind noch die exclusiva zu erwähnen; diese berechtigen den Privilegirten zu dem Verlangen, daß kein Anderer das nämliche Privilegium erhalte.

B. Entstehung der Privilegien.

Dieselbe erfolgt:

a. durch Verleihung Seitens des Gesetzgebers oder desjenigen, welcher von diesem dazu autorisirt ist, nach römischem, gemeinem und preuß. Recht.[1])

b. Durch Immemorialverjährung nach canonischem und gemeinem (nicht auch nach römischem) Recht (cap. 26. X. de. V. S. 5, 40. cap. 1. de praescr. in VI. 2, 13. R. A. 1548 § 56. R. A. 1576 § 105), durch 44- oder 50jährige Verjährung nach preuß. Recht (§§ 509, 629, 641, 656, I., 9, § 19, II., 9, § 5, II, 14. L.-R.[2]), da nach den Grundsätzen des Allg. Landr. die Verjährung ein allgemeiner Entstehungsgrund von Rechten ist.

C. Wirkungen der Privilegien.

Die Wirkungen bestehen nach römischem, gemeinem und preußischem Recht darin, daß der Privilegirte jeden von der Störung in der Ausübung seines Privilegiums abhalten kann.[3]) §§ 88—90, 92 u. 93 Einl. z. L.-R. Man pflegt die auf Geltendmachung eines Privilegiums gerichtete Klage actio confessoria utilis und die auf Befreiung von dem prätendirten Privilegium eines Andern abzielende Klage actio negatoria utilis zu nennen. Nach der gewöhnlichen gemeinrechtlichen Ansicht soll übrigens die Ausübung des Privilegiums von einem Nichtprivilegirten den Privilegirten nur dann zum Widerspruch berechtigen, wenn sein Privilegium ein excluſives ist.[4]) Dieser Meinung ist jedoch keineswegs unbedingt beizutreten, da es in der That Fälle geben kann, wo auch bei einem nichtexcluſiven Privilegium durch die Ausübung desſelben Seitens eines Nichtprivilegirten dem Berechtigten ein Eintrag geſchieht und er ſomit in der Ausübung

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 81. Koch Lehrbuch. 2. Aufl. Bd. I. § 26.

[2]) cf. Koch a. a. O.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 82. v. Holzſchuher Theorie Bd. I. p. 136.

[4]) Mühlenbruch a. a. O.

Digitized by Google

seines Rechts gestört wird. Ueber den Anfangspunkt der Wirksamkeit eines Privilegiums enthält das preußische Landrecht keine Bestimmung; es steht aber nichts entgegen, den gemeinrechtlichen Satz zu adoptiren, daß die Wirkungen des Privilegiums für den Privilegirten mit der Ertheilung (l. 7. de leg. c. 14, 1. cap. 9. in VI. de reser. I, 3); gegen Dritte aber erst nach erfolgter Promulgation beginnen, da ja auch ein Gesetz nicht früher Wirksamkeit erlangt.[1])

Jura cujuscunque tertii quaesita (wohlerworbene Rechte Dritter) können gemeinrechtlich durch Privilegien nicht aufgehoben werden; l. 2. § 10 und 16 D. 43, 8. l. 4, C. 8, 49; c. 10. X. de priv.[2]) Diese Bestimmung ist jedoch in das Allg. L.-R. nicht übergegangen.[3]) Ist es zweifelhaft, ob ein Privilegium exclusiv sei oder nicht, so spricht nach der gemeinrechtlichen Doctrin die Vermuthung für das Letztere[4]); nach Koch[5]) soll im preuß. Recht die ausschließliche Verleihung vermuthet werden, wenn keine bestimmten Grenzen angegeben sind. (cf. § 32, II, 14. L.-R.)

D. Collision der Privilegien.

Von Privilegien, welche einander ausschließen, geht das ältere dem neueren vor. Die Regel lex posterior derogat legi priori gilt also hier nicht. Bei gleichem Alter kommen die allgemeinen Regeln über die Collision der Rechte zur Anwendung. Läßt sich auch nach diesen Regeln der Conflict nicht beheben, so gilt der Grundsatz: privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur.[6]) In vorstehenden Sätzen stimmt die gemeinrechtliche mit der landrechtlichen Doctrin überein.[7])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 136. Koch Lehrbuch Bd. I. § 26.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 137.

[3]) Vergl. Koch Lehrbuch Bd. I. § 26.

[4]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 82, Note 4. v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 137, Nr. 20.

[5]) Koch Lehrbuch Bd. I. § 26, Note 7a.

[6]) Es ist wohl die Behauptung aufgestellt worden, dieser Grundsatz gelte im preußischen Recht wegen § 635, I, 9. L.-R. nicht. Man übersieht jedoch, daß der allegirte Paragr. gar nicht von einer eigentlichen Collision, sondern nur von einer Concurrenz der Privilegien handelt. Ueber den Unterschied zwischen Collisions- und Concurrenzfällen vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 137, Nr. 21.

[7]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 137. Koch Lehrbuch Bd. I. § 27.

Digitized by Google

E. Auslegung der Privilegien.

Nach römischem und gemeinem Recht müssen Privilegien stricte interpretirt werden; doch darf dies nicht so weit gehen, daß dem Privilegirten der volle Genuß seines Privilegiums verkümmert werde, nam beneficium imperatoris, quod a divina scilicet ejus indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus. l. 3. D. 1, 4. [1]) Ferner muß im Zweifel die vom jus commune am wenigsten abweichende Auslegung den Vorzug erhalten; l. 35 pr. C. 3, 28.

Das Allgemeine Landrecht hat diese Grundsätze im Wesentlichen adoptirt. Doch unterscheidet es zwischen priv. gratuitis und onerosis. Letztere sollen nach Art der Verträge, Erstere so erklärt werden, wie sie am wenigsten zum Nachtheile des Dritten gereichen, ohne daß dadurch die wohlthätige Absicht des Gebers vereitelt wird. §§ 54—56 Einl. z. L.-R. Für beide gemeinsam gilt die Regel, daß auf die verba dispositiva mehr, als auf die verba enunciativa oder relativa des Privilegiums Rücksicht zu nehmen (Verbot der ertensiven Auslegung?), und daß diejenige Meinung vorzuziehen ist, welche mit dem jus commune und dem Hauptendzwecke des Staates am nächsten übereinstimmt (restrictive Auslegung). §§ 57 und 58 a. a. O.

Die authentische Interpretation kann bei Privilegien die richterliche Competenz weder nach gemeinem noch nach preuß. Recht aufheben.[2])

F. Uebergang der Privilegien.

Privilegien, welche einer bestimmten Person verliehen sind (priv. personae), können auf Andere nicht übertragen werden, gehen auch nur dann auf die Erben des Privilegirten über, wenn sie auf diese mitlauten. In der Regel pflegt man unter „Erben und Erbnehmern" auch fremde Testamentserben, unter „Erben und Nachkommen" aber nur die Descendenten des Privilegirten zu verstehen. [3]) Doch kommt Alles auf die individuelle Beschaffenheit des Privilegiums an.

Privilegia rei und causae kommen in der Regel auch jedem folgenden Besitzer der privilegirten Sache oder Forderung zu

---

[1]) Ueber die Auslegung dieser Stelle vergl. Böhmer: diss. de fiuibus priv. c. 2. § 9 (in exercitationibus 1. p. 629). Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 82, Note 2. v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 139, Nr. 28.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 139, Nr. 30.

[3]) v. Holzschuher a. a. O. p. 140, Nr. 32 und 34.

Digitized by Google

Statten. Vorstehende Grundsätze werden bestätigt im römischen und gemeinen Rechte durch l. 68, 196. D. 50, 17; im preußischen Rechte durch §§ 63—65 Einl. z. L.-R.

G. Aufhören der Privilegien.

Die Gründe, durch welche das Aufhören eines Privilegiums bewirkt werden kann, sind nach römischem und gemeinem, sowie preußischem Recht folgende:

a. Wegfall der Person oder Untergang der Sache, an welche das Privilegium geknüpft ist; l. 1 § 43. D. 43, 20. Reg. 7 de reg. jur. in VIto. § 63 Einl. z. L.-R. § 2, I, 16. L.-R. Doch lebt das Realprivilegium mit der Wiederherstellung der berechtigten Sache wieder auf; cf. l. 20 § 2. D. 8, 2 [1]) und § 3, I, 16. L.-R.

b. Trennung des Besitzers von der Sache mit Rücksicht auf welche das Personalprivilegium verliehen worden ist; [2]) § 66 Einl. z. L.-R. Auch lebt dasselbe durch nachherige Wiedervereinigung der Person mit der Sache nicht mehr auf, weil es einmal ipso jure erloschen ist. [2])

c. Ablauf der bestimmten Zeit. [3]) § 67 Einl. z. L.-R.

d. Wegfall des bestimmten Endzwecks oder Eintritt der Resolutiv-Bedingung. [3]) § 68 und 69 a. a. O.

e. Entsagung, insofern kein Anderer, als der Entsagende bei dem Gebrauch des Privilegiums ein Interesse hat. [4])

f. Aufhebung Seitens des Staats aus Gründen des öffentlichen Wohls; doch muß bei priv. oneros. Entschädigung gewährt werden, [5]) nach preuß. Recht selbst bei priv. gratuitis; §§ 70 und 71 Einl. z. L.-R.

g. Entziehung durch Richterspruch wegen groben Mißbrauchs, can. 7 Dist. 74 cap. 24 X. de priv. § 72 Einl. z. L.-R.

h. Ob bloßer Nichtgebrauch ein Aufhebungsgrund sei, ist unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig. Das römische Recht verordnet nur, daß die Concession eines Jahrmarkts durch Nichtgebrauch von 10 Jahren untergehe (l. 1 D. 50, 11.) und das canonische Recht: daß die Zehntfreiheit durch 30- resp. 40jährige

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 143, Nr. 48.

[2]) Müller Promt. jur. Vol. VI. Nr. 51. Koch Lehrbuch Bd. I. § 27, insbes. Note 20.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 141, Nr. 40. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 81.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 141, Nr. 138. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 81. Koch Lehrbuch Bd. I. § 27.

[5]) Mühlenbruch a. a. O. v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 141, Nr. 41. Göschen Vorles. Bd. I. § 124.

Digitized by Google

Verjährung erlösche. cap. 6 und 15. X. de priv. 5, 33. Die eine der beiden Hauptmeinungen ist nun folgende: Da in den angeführten Stellen des canonischen Rechts eigentlich nichts Besonderes über die Verjährung der negativen Privilegien verordnet sei und das römische Recht mit Ausnahme der Verordnung über das Jahrmarktprivilegium, welche als ein singulare nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, weder über negative noch affirmative Privilegien eine specielle Bestimmung hinsichtlich der Verjährung enthalte, so könnten auch in Ansehung der Privilegien nur die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften gelten. Bei negativen Privilegien könne demnach der Verlust durch Nichtgebrauch nur eine Folge der Acquisitivverjährung sein, durch welche der Andere das durch das Privilegium aufgehobene Rechtsverhältniß wiederherstelle. Affirmative Privilegien dagegen könnten durch 30jährigen Nichtgebrauch, vorausgesetzt, daß Gelegenheit zum Gebrauch und kein Hinderniß vorhanden, sowie daß Andern an dem Aufhören des Privilegiums gelegen gewesen sei, erlöschen.[1]) Nach der andern Meinung ist der Nichtgebrauch nur da ein Endigungsgrund, wo das aus dem Privilegium fließende Recht an sich diesem Endigungsgrunde unterworfen ist, z. B. wenn das Privilegium in einer Feldservitut besteht.[2]) Was das Allg. L.-R. anlangt, so kennt dasselbe zwar bei gewissen Privilegien den bloßen Nichtgebrauch als Endigungsgrund nicht (cf. § 94, II, 9. L.-R.); doch finden wohl im Allgemeinen auch auf Privilegien die gewöhnlichen Verjährungsregeln Anwendung.[3])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 142, Nr. 44.

[2]) Puchta Vorles. Bd. I. § 31; vergl. auch Mühlenbruch Pand. Th. I. § 81.

[3]) Die Frage erscheint im preuß. Recht ebenfalls streitig. Vergl. Koch Lehrbuch Bd. I. § 27.

Digitized by Google

Von den Rechten (im subjectiven Sinne).

A. Allgemeine Eintheilung und Entstehungsgründe derselben.

In Ansehung ihres Entstehungsgrundes sind die Rechte entweder angeborne (s. g. Urrechte) oder erworbene; diese aber haben ihren Grund in Handlungen oder Begebenheiten. Nach ihrem Inhalte zerfallen die Rechte ebenfalls in zwei Hauptklassen:

a. in solche, durch welche die Person das ist, was sie vorstellt, s. g. Zustandsrechte, jura personalissima im eng. S., und b. in Vermögensrechte. Dies ist auch die landrechtliche Classification. [1]

Ferner unterscheidet man vollkommene und unvollkommene Rechte, je nachdem sie auch im Wege der Klage geltend gemacht werden können oder nicht. § 86 Einl. z. L.-R. Zu den Letzteren gehören insbesondere:

Die Natural-Obligationen.

Man versteht unter ihnen Forderungsrechte, welche keine volle Wirksamkeit haben und namentlich keine Klage gegen den Verpflichteten gewähren. Sie entstehen:

1) nach römischem Recht:

a. durch formlosen Vertrag (nudum pactum), insofern die Formlosigkeit nicht die Entstehung einer Obligatio überhaupt hindert, l. 7. § 4 u. 7. D. 2, 14. Dieser Entstehungsgrund ist jedoch aus dem heutigen röm. Recht verschwunden; [2]

b. durch die juristische Personen-Einheit der Contrahenten; wenn nämlich Hauskinder dem Vater oder den Geschwistern, mit welchen sie desselben Vaters Gewalt unterworfen sind, etwas versprochen oder von diesen ein Versprechen erhalten haben, so wirkt dies Versprechen nach Endigung der Gewalt eine nat. oblig. l. 38 pr. § 1 u. 2. D. 12, 6 [3]) frater a fratre eh.

c. in einigen wenigen Fällen durch die partielle Unfähigkeit des Verpflichteten z. B. bei an filii familias gegebenen Gelddarlehnen, wo die exc. S. C. Macedoniani die Obligatio als naturalis bestehen läßt. l. 9. § 4 u. 5, l. 10 u. 11. D. 14, 6.

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 99.
[2]) Puchta Pand. § 237 Note f.
[3]) Puchta Pandecten § 438. Mühlenbruch Pand. Th. II. § 330.

Digitized by Google

Ob auch aus Geschäften, welche ein pupillus (Unmündiger sui juris) ohne auctoritas tutoris abgeschlossen hat, eine natur. obl. entstehe, ist seit dem Mittelalter höchst bestritten. Gewiß entsteht zwar aus der Bereicherung des Pupilleneine obligatio; l. 13. § 1. D. 12, 6; diese aber ist sogar klagbar, l. 3. § 4. D. 3, 5 und kann daher nur insofern naturalis obligatio genannt werden (z. B. l. 5. pr. D. 26, 8), als sie in mehreren Stellen (cf. l. 14. D. 12, 6) ihrem Grunde nach auf die naturalis aequitas zurückgeführt wird. Eine andere, von der Bereicherung des Pupillen unabhängige und wirkliche naturalis obligatio des Pupillen giebt es, der richtigen Ansicht zufolge, nicht.[1]) (Ueber die Obligationen der Minderjährigen, die nicht mehr impubes sind, siehe pag. 94.)

d. Durch das Gesetz unmittelbar in zwei Fällen: aa. wenn eine Frau in der irrigen Meinung, sie sei eine Dos zu bestellen verpflichtet, etwas als Dos gegeben hat, so kann sie dasselbe nicht zurückfordern. l. 32. § 2. D. 12, 6 und bb. die freiwillig und ohne Vorbehalt gewissen nahen Verwandten und adfines geleisteten Alimente dürfen, auch wenn der Leistung eine juristische Verbindlichkeit nicht zum Grunde lag, dennoch nicht zurückgefordert werden, l. 27. § 1. D. 3, 5; l. 5. § 14. D. 25, 3; l. 11 u. 15. C. 2, 19. Der Grund, weßhalb die Rückforderung ausgeschlossen bleibt, sind Pietätsrücksichten: nam relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest, l. 32. § 2. D. 12, 6.

e. Durch die unvollkommene Aufhebung einer civilis obligatio. Eine solche unvollkommene Aufhebung wird aber durch folgende Exceptionen bewirkt: aa. die exc. rei judicatae, wenn nämlich ein wirklicher Schuldner ohne hinreichenden Grund absolvirt worden l. 60. D. 12, 6 (streitig).[2]) bb. Die exc. temporis (Verjährungseinrede) l. 19. pr. u. 40. pr. D. 12, 6 (ebenfalls streitig)[3]) cc. die exc. ex beneficio competentiae l. 8. u. 9. D. 12, 6. dd. die exc. quod quisque juris in alterum statuit, ut ipse eodem jure utatur l. 3. § 7, D. 2, 2. Zu den Exceptionen, welche die obligatio nicht gänzlich zerstören, gehört auch ee. die bereits erwähnte exc. ex S. C. Macedoniano.

2) Nach preuß. Recht entstehen Naturalobligationen:

a. in Folge eines Formmangels des Vertrages, jedoch nur

---

[1]) So Puchta Pand. § 237 Note h. Anderer Meinung ist Mühlenbruch Pand. Th. II. § 330.

[2]) Puchta Pandecten § 293. Mühlenbruch Pand. Th. II. § 330.

[3]) Die gänzliche Aufhebung der obligatio durch die Klagenverjährung behaupten u. A. v. Loehr, Kierulff u. v. Bangerow, für das Zurückbleiben einer natur. obl. erklären sich u. A. Unterholzner, Mühlenbruch, v. Savigny u. Puchta (cf. die Pandecten des Letzteren § 92. Note ii.)

Digitized by Google

in den Fällen der §§ 146, I, 5; § 176, 184, I, 16. so wie § 243, I, 14. L.-R.

b. in Folge der partiellen Unfähigkeit des Verpflichteten und zwar in viel häufigeren Fällen als nach röm. Recht. So z. B. entsteht bei unconsentirten Darlehnen der Prinzen, Königlichen Schauspieler ꝛc. eine naturalis obligatio, § 676 und 706, I, 11. L.-R. Ferner wirken die ohne Consens des Vormundes resp. Vaters geschlossenen Geschäfte der Minderjährigen und Hauskinder für diese eine natur. obl. (Vergl. § 170, I, 16. und 138, II, 2. L.-R.)

c. aus gewissen Geschäften, die zwar erlaubt sind, denen aber das Gesetz seinen vollen Schutz versagt; z. B. aus dem Creditiren des Einsatzes bei Lotterieen (§ 558, I, 11 L.-R.), aus erlaubten Spielen (§ 578 l. c.), unter Umständen auch aus Wetten (§ 579. l. c.), aus Gelddarlehnen zum Spiel oder Wetten (§ 581. l. c.)

d. aus dem Gesetze unmittelbar in nachstehenden Fällen: §§ 22 u. 23, II, 3. § 344, II, 2. und § 575, I, 18. L.-R.

e. in Folge der exceptio, welche das benef. competentiae gewährt.[1]) (822. s. 49 agg. Fuchs ✠ Gl. n 3, 55.)

Die Naturalobligationen haben folgende Wirkungen:

1) sie berechtigen nach röm., gem. und preuß. Rechte zur soluti retentio, schließen also die condictio indebiti aus. l. 19. pr. D. 12, 6; § 178, I, 16. L.-R.

2) sie können nach röm. und gem. Rechte durch exceptio, namentlich durch compensatio geltend gemacht werden; l. 6. D. 16, 2; nach preuß. Recht erzeugen sie zwar, insofern sie die condictio indebiti ausschließen, ebenfalls eine Einrede, können aber im Uebrigen durch exceptio nicht geltend gemacht werden, geben daher auch kein Retentionsrecht und eignen sich zur compensatio nur in 3 Fällen: § 558, I, 11 L.-R. (K. O. vom 21. Juli 1841) § 575, I, 18 u. § 344, II, 2. L.-R.

3) sie können nach röm., gem. und preuß. Recht durch novatio und constitutum debiti in klagbare Obligationen umgewandelt werden. l. 1. § 1. D. 46, 2. l. 1. § 6 u. 7. D. 13, 5. §§ 467 u. 468, I, 16 u. §§ 37 u. 185, I, 5. L.-R. Deshalb können sie auch nach preuß. Recht die Basis eines Vergleichs sein.

4) sie können nach röm. und gem. Recht überhaupt der Grund für jedes accessorische Rechtsverhältniß werden, namentlich leiden sie eine Bestärkung durch Pfand und Bürgen dergestalt, daß aus der accessorischen Obligation geklagt werden kann. (Doch ist dies streitig) § 1. I. 3, 20; l. 5. pr. D. 20, 1.[2]) Dagegen

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 453.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 330 Note 6 und § 300 Note 2.

Digitized by Google

sind nach preußischem Recht Naturalobligationen weder für die Bürgschaft (ebenfalls streitig, cf. §§ 251 und 310, I, 14. L.-R.) noch für die Pfandbestellung (§ 11, 12 u. 97, I, 20 L.-R.) und ebensowenig für Conventionalstrafen (§ 310, I, 5. L.-R.) eine geeignete Basis.

B. Ausübung der Rechte.

Grundsätze, in welchen das preuß. mit dem röm. und gem. Rechte übereinstimmt:

1) Der Inhaber eines Rechts darf dasselbe innerhalb seiner Grenzen vollständig ausüben. l. 7. C. 3, 44; § 88 Einl. z. L.-R.

2) Auch zu allen Mitteln ist er befugt, ohne welche ihm die Ausübung des Rechts unmöglich sein würde. l. 2. D. 2, 1; l. 10. D. 8, 1; l. 20 § 1. D. 8, 2; l. 3 § 3. D. 8, 3; l. 11. D. 8, 4; § 89 Einl. z. L.-R.

3) Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam. l. 55, 151, 155 § 1. D. 50, 17; l. 24 § 12. l. 26 D. 39, 2; § 94 Einl. z. L.-R. § 36, I, 6. L.-R.

Diese Regel erleidet jedoch folgende Einschränkungen:

a. Die Ausübung des Rechts darf nicht offenbar bloße Chikane zum Zweck haben l. 38 D. 6, 1; l. 1 § 11 und 12. D. 39, 3; §§ 27 und 28, I, 8. L.-R.; insonderheit wird man nach preuß. Recht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn aus den Umständen klar erhellt, daß man unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht denselben zu beschädigen, gewählt habe. § 37, I, 6; § 20, I, 19. L.-R.

b. servitus civiliter exerceri debet, d. h. mit möglichster Schonung des verpflichteten Grundstücks. l. 9. D. 8, 1; l. 20. § 1. D. 8, 2; § 17, I, 19. und § 29, I, 22. L.-R.

c. Diejenigen Pflichten (der Vorsicht, Aufmerksamkeit ꝛc.) dürfen nicht außer Augen gelassen werden, welche das Gesetz bei der Ausübung gewisser Rechte dem Berechtigten auferlegt. l. 45 § 4. D. 9, 2; §§ 38, 71 und 73, I, 6. L.-R.

(Eine besondere Ausnahme enthält noch das L.-R. im § 219, I, 7.)

4) Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere (l. 21. D. 50, 17.) oder in toto et pars continetur (l. 113. D. h. t., cf. auch l. 163 und 165 l. c.) d. h. das Recht zum Größeren oder Mehreren schließt das Recht zum Geringeren oder Wenigeren gleicher Art in sich (§ 91. Einl. z. L.-R.). Ausnahmen von dieser Regel können nur in Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen stattfinden, welche hier und da durch eigenthümliche Gründe allerdings herbeigeführt sind. So gestattet z. B. die lex Iulia de adulter. dem Ehemann den Verkauf des

Digitized by Google

fundi Italici mit Einwilligung der Ehefrau, aber dessen Verpfändung (das minus) ist ihm auch mit deren Einwilligung nicht gestattet. Ferner kann nach röm. Recht die Ehefrau von dem Ihrigen etwas verschenken, aber verbürgen kann sie sich doch nicht für einen Andern, ungeachtet durch Verschenken ohne Zweifel mehr geschieht als durch bloße Verbürgung [1]). Aehnlich kann nach preuß. Recht eine Frauensperson, ohne certiorirt zu sein, gültig exprommittiren, nicht aber sich verbürgen; §§ 407, 221 und 226, I, 14. L.-R.

C. Nothstand, Nothwehr, Selbsthülfe.

Unter Nothstand versteht man Fälle der Collision zwischen Leben und Wohl des Einzelnen mit dem beschränkten Rechte des Andern. Nothwehr (justa, necessaria defensio) ist die durch den Nothstand gerechtfertigte Eigenmacht und gewaltsame Vertheidigung gegen den Urheber des Collisionsfalles. Weiter als die Nothwehr geht die Selbsthilfe, welche sich als die eigenmächtige Beseitigung einer wirklichen oder vermeintlichen Rechtsverletzung überhaupt darstellt. Sie ist also nicht bloß Vertheidigung, sondern zugleich Angriff. — Daher ist die Selbsthilfe schon im röm. Recht durch das im can. Recht und in den Reichsgesetzen beibehaltene Decr. Divi Marci und durch die Constitutionen späterer Kaiser bei Verlust des Rechts und, wenn dieses ungegründet war, sub poena dupli verboten. cap. 18 de praeb. in VI. 3, 4. R. K. G. O. v. 1521. Tit. 32. § 2; R. A. v. 1532. Tit. 3 § 15; l. 7. D. 48, 7; l. 13. D. 4, 2; l. 7 u. 10. C. 8, 4; l. 4. C. 3, 39 Nov. 52. c. 1. Nov. 60. c. 1. Nov. 134. c. 7.[2])

Doch ist es unter den gemeinrechtlichen Privatrechtslehrern und Practikern streitig, ob diese Privatstrafen, insbesondere das Decret. Divi Marci mit seinen späteren Erweiterungen jetzt noch anwendbar seien. [3]) Nur in einzelnen Fällen gestattet das röm. Recht die Selbsthilfe. Dahin gehört z. B. die Befugniß, ein Werk zu zerstören, welches Jemand eigenmächtig und widerrechtlich auf unserm Grund und Boden errichtet, l. 29. § 1. D. 9, 2, so wie das Zwangsrecht gegen einen flüchtigen Schuldner, l. 10. § 16. D. 42, 8 und das Retentionsrecht. [4]) Zu den Fällen

---

[1]) Andere Ausnahmen siehe bei v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 79. Note 9.

[2]) Manche Rechtslehrer erklären sich gegen die Generalisirung dieser Vorschriften. cf. Puchta Vorles. Bd. I. § 80.

[3]) Abegg Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft § 454.

[4]) Gegen die Subsumtion des Retentionsrechts unter den Gesichtspunkt der Selbsthilfe erklären sich manche Rechtslehrer z. B. Boecking Institut. 1. § 129 Note 16, cf. dagegen Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 135.

Digitized by Google

ausnahmsweise erlaubter Selbsthilfe treten im gemein. Rechte noch die Privatpfändungen, welche von dem röm. Recht zwar verboten (l. 39. § 1. D. 9, 2.) [1]), durch einen allgemeinen deutschen Gebrauch jedoch begründet sind. [2]) Dagegen ist die Nothwehr auch im röm. Recht durchaus erlaubt: vim vi repellere licet. l. 1. § 27. D. 43, 16; l. 3. D. 1, 1; l. 1. C. 8, 4, doch nur ex continenti, nicht ex intervallo l. 3. § 9. D. 43, 16. Ebenso kennt das röm. und gem. Recht Fälle, in welchen der durch eine vis major herbeigeführte Nothstand zu einem an sich unerlaubten Eingriff in die Rechtssphäre des Andern berechtigt: l. 29. § 3; l. 49 § 1. D. 9, 2 u. l. 3. § 7. D. 47, 9; l. 14 pr. D. 19, 5; cap. 4. X de R. I; cap. 3. X. de furtis; P. G.-O. Art. 166.

Das preuß. L.-R. verbietet nicht bloß im Allgemeinen die Selbsthilfe, sondern auch die Nothwehr (§§ 77 und 78 der Einl. und § 518, II, 20. L.-R.), und läßt beide nur in folgenden Ausnahmefällen zu:

1) wenn die Hilfe des Staates zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde; § 78 Einl. und §§ 518 sq. II, 20; § 142 und 143, I, 7. L.-R. Auch nur unter dieser Voraussetzung gestattet es die Pfändung. § 414, I, 14. L.-R.

2) Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam allezeit eigenmächtig entsetzen; doch darf dadurch weder die öffentliche Ruhe und Sicherheit, noch der Inhaber in seinen anderweiten Gerechtsamen gestört werden. §§ 144 und 145, I, 7. L.-R.

3) Jeder darf sich unter Umständen des Hausrechts bedienen. §§ 527 und 528, II, 20. L.-R.

4) Der Gläubiger darf den flüchtigen Cridar verfolgen, festnehmen und zur gefänglichen Haft abliefern; § 484, I, 50. Allg. Ger.-Ord. Das Landrecht bedroht jedoch die unerlaubte Selbsthilfe keineswegs, wie das röm. Recht, mit Verlust des Rechts, sondern nur mit Geld- und Freiheitsstrafen. § 157 sq. II, 20. L.-R. Das neue Strafgesetzbuch kennt die unerlaubte Selbsthilfe als ein selbstständiges Verbrechen nicht mehr und erklärt die Nothwehr ausdrücklich in allen Fällen für erlaubt. § 41 a. a. O. Dagegen trägt es dem eigentlichen, durch vis major herbeigeführten Nothstande, welcher vom Allg. L.-R. im § 1115, II, 20

---

[1]) In einigen Fällen läßt übrigens auch das röm. Recht die Pfändung zu z. B. wenn der Herr des schadenden Thieres unbekannt ist. Phillips deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 64 Note 2.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 81 und 84 Nr. 8. Phillips deutsch. Privatrecht Bd. I. § 64.

Digitized by Google

wenigstens einigermaaßen, wenn auch nicht genügend, berücksichtigt wird, gar keine Rechnung.

D. Collision der Rechte.

Dieselbe ist nicht zu verwechseln mit Concurrenz der Rechte. Diese ist vorhanden, wenn Rechte, welche neben einander bestehen können, in irgend einer Rücksicht zusammentreffen, wie dies z. B. bei jeder Gemeinschaft (subjective Concurrenz), so wie dann der Fall ist, wenn mehrere Rechte in Einer Person zusammenkommen (objective Concurrenz). [1]) Collision tritt dagegen ein, wenn die Rechte mehrerer Personen dergestalt mit einander in Widerstreit gerathen, daß nur das eine oder das andere Recht vollständig ausgeübt werden kann. Man unterscheidet zwischen directer und indirecter Collision; direct collidiren Rechte, wenn sie den Berechtigten gegen einander zustehen; indirect, wenn sie in einem dritten Objecte zusammentreffen, worauf jeder der Berechtigten ein ausschließendes Recht behauptet. [2])

Bei der Collision gleich starker Rechte [3]) gelten nach röm., gem. und preuß. Recht folgende Grundsätze:

1) generi per speciem derogatur; l. 80. D. 50, 17 (ist im Landrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen). Entscheidet diese Regel nicht, so muß

2) Derjenige, welcher durch Ausübung seines Rechts einen Vortheil sucht, demjenigen nachstehen, der einen positiven Verlust (Schaden) abwenden will. l. 41, § 1, D. 50, 17. l. 14, § 1 in fine D. 11, 7. § 96 Einl. z. L.-R. Sind die Collidirenden in gleicher Lage, so soll

3) nach preuß. Recht Jeder einen verhältnißmäßigen Theil nachgeben; § 97 Einl. z. L.-R.; nach röm. und gem. Recht entscheidet bisweilen das Alter; l. 98. D. 50, 17.

Uebrigens dient nach allen drei Rechten in vielen Fällen, wo eine Theilung nicht möglich ist, das Loos zur Beseitigung der Collision, z. B. l. 14, D. 5, 1. l. 5, D. 10, 2. § 394, I, 12; § 125, I, 17; § 593, I, 20. L.-R. Ebenso giebt häufig der Satz: melior est occupantis, possidentis causa den Ausschlag, z. B. l. 19, D. 42, 1. l. 128 pr. D. 50, 17. § 243, I, 12. L.-R. ꝛc.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 116, Nr. 1 und 2.
[2]) v. Holzschuher a. a. O. p. 117, Nr. 7.
[3]) Sind die Rechte nicht gleich stark, so geht natürlich das stärkere dem schwächeren vor. cf. § 95 Einl. z. L.-R.

Digitized by Google

E. Uebertragung der Rechte.

Dieselbe ist entweder eine translativa (reine Uebertragung), d. h. eine solche, welche die Gestalt des Rechts unverändert läßt, oder eine constitutiva, d. i. diejenige, wodurch das Recht, dessen man sich entäußert, seinem Wesen und Begriffe nach bei dem Erwerber als ein ganz anderes erscheint wie bei dem Veräußernden (z. B. Bestellung eines Pfand- oder Servitutenrechts). Sehr schwierig ist die Beantwortung der Frage, welche Rechte übertragbar seien und welche nicht. Im Allgemeinen läßt sich nur sagen, daß jura personalissima nicht, wohl aber die übrigen Rechte in der Regel übertragen werden können (cf. § 99 Einl. z. L.-R.). Das Nähere gehört in die Lehre von der Uebertragung der Forderungsrechte. Der Ausspruch des röm. Rechts: Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet (l. 54, D. 50, 17.) ist wörtlich in das preuß. Landrecht übergegangen (§ 101 Einl. z. L.-R.).

F. Verlust der Rechte.

Die Gründe desselben können sein:

a. Wegfall der ursächlichen Bedingungen des Rechts, insonderheit Untergang des Objects; b. Eintritt einer Resolutiv-Bedingung oder Zeitbestimmung; c. Versäumniß oder Verjährung; d. Confusion; e. Zurücknahme eines auf Widerruf ertheilten Rechts; f. Aufhören des Rechtes dessen, welcher das Recht bestellt hat; resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. Dieser Satz hat jedoch im preuß. Recht nur eine sehr eingeschränkte Geltung; g. Entziehung des Rechts zur Strafe; h. Tod des Berechtigten bei höchstpersönlichen Rechten; i. Verzicht und k. Veräußerung.

Digitized by Google

Zum ersten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.[1]

Persona, Rechtsfähigkeit.

Persona bedeutet im röm. Recht so viel als Rechtsfähigkeit[2] oder die Eigenschaft, wonach Jemand überhaupt als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt.[3] Daher wird auch der Träger der Rechtsfähigkeit (das rechtsfähige Subject) selbst persona genannt. In gleicher Weise giebt das preuß. Landrecht den Begriff der „Person" (§ 1, I, 1). Bisweilen aber bezeichnet im röm. Recht persona nur eine bestimmte juristische Qualität eines Menschen, welche mehrere besondere Rechte und Pflichten umfaßt; daher die sprichwörtliche Redensart: unus homo plures sustinere potest personas.[4] Die Personen zerfallen in:

1) physische, d. h. solche, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein einzelner Mensch ist und

2) juristische (moralische, mystische, personae fictae) d. h. solche, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein juristischer Begriff ist.[5]

Grundbedingungen der Rechtsfähigkeit sind nach röm., gem. und preuß. Rechte:

a. vollständige Trennung des Kindes vom Mutterleibe (Geburt) l. 9. § 1. D. 35, 2; l. 1, § 1. D. 25, 4; l. 3. C. 6, 29. §§ 10 u. 12, I, 1. L.-R. Der noch ungeborene Mensch (foetus) wird in mehreren Stellen des röm. Rechts nicht als ein selbstständiges Geschöpf, sondern nur als ein Theil des Leibes der Mutter (pars viscerum) bezeichnet; l. 1. § 1. D. 25, 4; l. 9. § 1. D. 35, 2. Andere Stellen setzen ein solches Kind dem schon geborenen gleich; z. B. l. 26. D. 1, 5. Diese Fiction beschränkt sich jedoch überall auf den eigenen Vortheil des Kindes, und kein Anderer darf dieselbe für sich benutzen. l. 7. D. 1, 5.

---

[1]) Dieser Titel handelt „von den Personen und deren Rechten überhaupt." Die ersten §§ enthalten nichts weiter als doctrinelle Definitionen. Bei § 3 und 4 vergl. l. 195, D. 50, 16 über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes familia im röm. Recht. § 5 h. t. vergißt, daß auch durch Vertrag Familienverhältnisse begründet werden.

[2]) Es ist zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit zu unterscheiden. Erstere bezieht sich auf das Haben, Letztere auf das Erwerben der Rechte. cf. v. Savigny System Bd. II. p. 1.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 176.

[4]) Derselbe a. a. O.

[5]) Puchta Vorles. Bd. I. § 25.

Digitized by Google

Das röm. Recht widmet nämlich bereits dem foetus eine gewisse Fürsorge, theils durch Anstalten, wodurch sein Leben im Mutterleibe vor der Vernichtung geschützt werden soll (l. 4. D. 47, 11; l. 8. D. 48, 8; l. 38 § 5 u. l. 39. D. 48, 19; l. 2. D. 11. 8; l. 18. D. 1, 5. l. 3. D. 48, 19.), theils durch die Aufbewahrung von Rechten, welche dem foetus zugestanden haben würden, wäre er zur Zeit der Conception schon geboren gewesen. l. 3. D. 5, 4; pr. J. 1, 4; l. 7 u. 18. D. 1, 5. Man sagt daher: nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur. [1]) Doch soll überall derjenige Zeitpunkt zur Beurtheilung der Standesverhältnisse eines Kindes ausgewählt werden, welcher dem Kinde den meisten Vortheil bringt, sei es die Zeit der Erzeugung oder der Geburt oder selbst irgend ein mittlerer Zeitpunkt, pr. J. 1, 4. Das preuß. Recht theilt den noch ungeborenen Kindern von der Zeit ihrer Empfängniß an „die allgemeinen Rechte der Menschheit" zu (§ 10, I, 1. L. R.) d. h. es darf nichts geschehen, wodurch ihre Geburt verhindert wird. (Vergl. §§ 181 u. 182 des Strafgesetzbuchs); auch findet sich hier der Grundsatz: „nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur" wieder. § 12, I, 1. L.-R. Das preuß. Recht stimmt also in der Behandlung des foetus mit dem röm. und gem. Recht im Allgemeinen überein.

b. Leben des Geborenen nach der vollständigen Trennung; l. 2 u. 3. C. 6, 29; l. 129. D. 50, 16. Stirbt das Kind während einer langwierigen Geburt, so hat es nach röm. und gem. Recht niemals Rechtsfähigkeit gehabt. [2])

c. Menschliche Gestalt oder wie das L.-R. sich ausdrückt: „menschliche Form und Bildung" (§ 17, I, 1.) Was darunter verstanden werden soll, ist im L.-R. nicht näher bestimmt. Nach röm. Recht darf das geborene Wesen kein monstrum oder prodigium sein (l. 3. C. 6, 29.) d. h. der Kopf muß menschliche Bildung an sich tragen (l. 44. pr. D. 11, 7.); bloße Abweichungen von der regelmäßigen Menschengestalt (z. B. Glieder zu viel oder zu wenig) schließen die Rechtsfähigkeit nicht aus (l. 14. D. 1, 5; l. 12. § 1. D. 28, 2.) Dergleichen bloß fehlerhaft gebildete Menschen sind ostenta im eng. Sinne. Im weiteren Sinne umfaßt der Ausdruck „ostentum" auch monstra, l. 38. D. 50, 16.

d. Lebensfähigkeit (Vitalität) wird ebenfalls als Requisit der Rechtsfähigkeit von manchen Lehrern des röm. und gem. Rechts behauptet, in neuerer Zeit jedoch von den Meisten geleugnet. [3])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 239, Nr. 8.
[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 8.
[3]) v. Savigny System Bd. II. p. 11 und 385 sq. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 177, Note 2. v. Bangerow, Pandecten Th. I. § 32.

Digitized by Google

Das preuß. Recht kennt dies Requisit entschieden nicht.[1]) Daß ein Kind gelebt habe, muß von dem, der darauf Rechte gründen will, bewiesen werden. Dieser Beweis konnte schon im älteren deutschen Rechte durch Zeugen geführt werden, welche bekundeten, daß das Kind die Augen aufgeschlagen und nach dem Dache hinaufgeschaut (lex. Alemann. Tit. 92.) oder die vier Wände beschrieen hatte (Sachsenspiegel Bd. 1. Art. 33.) Daß dies aber die einzig zulässige Art der Beweisführung gewesen sei, wird durch die allegirten Gesetzesstellen nicht bestätigt. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich denn auch dahin entschieden, daß es genügt, wenn überhaupt irgend ein Lebenszeichen dargethan wird.[2]) Dies ist auf Grund des röm. Rechts geschehen, welches ausdrücklich erklärt, auf das Schreien des Kindes komme es nicht an. l. 3. C. 6, 29. Das preuß. L.-R. läßt ebenfalls den Beweis durch Zeugen, welche die Stimme des Kindes vernommen haben, zu, ohne ihn für den ausschließlichen zu erklären. § 13, I, 1. Zur Feststellung der Geburt dienen vielmehr hauptsächlich die Kirchenbücher und andere Civilstandsregister und erst in deren Ermangelung wird zu den gewöhnlichen Beweismitteln, zuletzt zu den Hausbüchern verstorbener Eltern die Zuflucht genommen; §§ 128 und 162, I, 10. Allg. Ger.-Ord. Pat. vom 30. März 1847. (G.-S. p. 121.) V. v. 30. März 1847. (G.-S. p. 125.) V. v. 23. Juli 1847. (G.-S. p. 263.) Kommt es bei Zwillingen oder Drillingen darauf an, welches Kind zuerst geboren ist und läßt sich dies nicht ermitteln, so entscheidet nach gem.[3]) und preuß. Recht das Loos über die Rechte der Erstgeburt. §§ 14—16, I, 1. L.-R.

Einschränkungen der Rechtsfähigkeit.

Im röm. Recht kommen zwei Kunstausdrücke vor, welche vornämlich dazu dienen, den Umfang der Rechtsfähigkeit Jemandes anzudeuten. Diese Ausdrücke sind connubium und commercium. Connubium heißt zunächst die Fähigkeit zu einer römisch gültigen Ehe. Da aber von einer solchen Ehe die Möglichkeit der väterlichen Gewalt, von dieser wieder die römische Verwandtschaft und endlich von dieser die alte Intestaterbfolge abhängt, so wird dadurch, daß einer Person connubium beigelegt oder abgesprochen wird, der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit großen Theils bezeichnet.

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. I. § 42.
[2]) Phillips deutsch. Privatrecht Bd. I. 29, Nr. 1.
[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 177. Das röm. Recht enthält hierüber keine Entscheidung. Siehe jedoch l. 10, § 1, D. 43, 5.

Digitized by Google

Auf ähnliche Weise drückt commercium zunächst nur die Fähigkeit aus, ein symbolisches Kaufgeschäft (mancipatio genannt) vorzunehmen. Da aber die Mancipation die älteste und üblichste Veräußerungsform für das römische (s. g. quiritarische) Eigenthum war, so ist eigentlich durch commercium die Fähigkeit zu dieser vollständigsten Art des Eigenthums bezeichnet: also auch die Fähigkeit zu der in jure cessio, usucapio und der strengen Vindication. In weiterer Entwicklung aber umfaßt commercium zugleich die Fähigkeit zu Servituten, sowie zu manchen Arten der Obligationen, endlich auch die testamentifactio d. h. die Grundbedingung für die Fähigkeit, ein Testament oder ein Codizill zu errichten, zum Erben, Legatar oder Fideicommissar ernannt zu werden und Zeuge bei der Errichtung eines letzten Willens zu sein. Doch beziehen sich die beiden Kunstausdrücke connubium und commercium nur auf die dem jus civile angehörigen Rechtsinstitute. Wird daher einer Person das connubium abgesprochen, so kann trotzdem für sie die Fähigkeit zu einer Ehe nach jus gentium bestehen und ebenso kann derjenige, welcher das commercium nicht hat, dennoch zu einem Eigenthum nach jus gentium fähig sein.[1])

Das röm. Recht kennt drei wichtige Stufen der Rechtsfähigkeit, auf welche sich die Lehre von den Status bezieht. Viele neuere Rechtslehrer verstehen nämlich unter „Status" eine Eigenschaft, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte hat, und unterscheiden zwei Arten solcher Eigenschaften: 1) natürliche (Status naturales, Status im uneigentlichen Sinne), wonach die Menschen in Männer und Frauen, Gesunde und Kranke ꝛc. zerfallen, und 2) moralische oder juristische (Status civiles, Status im eigentlichen Sinne) deren es nicht mehr, noch weniger als drei giebt; nämlich Status libertatis, civitatis und familiae. Dabei wird jedoch der Begriff des Status familiae verschieden angegeben: bald soll dieser Kunstausdruck die Mitgliedschaft in einer bestimmten einzelnen Agnatenfamilie bezeichnen, bald soll er sich auf die Eintheilung der Menschen in Abhängige (hom. alieni juris) und Unabhängige (hom. sui juris) beziehen. Unter capitis deminutio wird dann der Verlust eines Status verstanden; sie ist eine maxima, wenn sie die Libertät, eine media, wenn sie die Civität, und eine minima, wenn sie den Status familiae betrifft.[2])

---

[1]) v. Savigny System Bd. II. p. 26—28.

[2]) v. Savigny verwirft in seinem Systeme des h. röm. Rechts (Beilage VI) die oben angegebene Erklärung und Eintheilung der status als unlogisch. Nach ihm soll status 2 Verhältnisse des öffentlichen Rechts (Freiheit und Civität) und aus dem Privatrecht alle der Familie angehörige Rechtsverhältnisse bezeichnen, capitis deminutio aber jede Veränderung des

Digitized by Google

A. In Beziehung auf den Status libertatis theilt das röm. Recht die Menschen ein: a. in freie (liberi) und b. in Sclaven (servi). Die liberi zerfallen wieder in Freigeborene (ingenui) und in Freigelassene (libertini); [1]) die libertini sondern sich abermals in cives libertini, Latini libertini (Latini Juniani genannt) und peregrini libertini (qui dediticiorum numero sunt). Den Sclaven wird eine allgemeine Rechtsunfähigkeit zugeschrieben.

Im deutschen Recht giebt es zwei Verhältnisse der Unfreiheit: Leibeigenschaft und Hörigkeit oder Erbunterthänigkeit. Beide Verhältnisse unterscheiden sich in späterer Zeit von der röm. Sclaverei darin, daß sie die Rechtsfähigkeit nur vermindern. Unter sich sind Leibeigenschaft und Hörigkeit insofern verschieden, als Letztere immer auf ein gewisses Grundstück Bezug hat. Das preuß. Landrecht kennt nur die Erbunterthänigkeit (§ 88 in Verb. mit § 148, II, 7), welche jedoch durch Edict vom 9. Octbr. 1807 aufgehoben ward.

B. In Beziehung auf den Status civitatis unterscheiden die Römer a. cives, b. Latini und c. peregrini. Die peregrini waren zwar nicht im jus civile, wohl aber im jus gentium völlig rechtsfähig; die Latini hatten das commercium, jedoch ohne connubium. [2]) Ulp. V. § 4.

Nach altdeutschem Rechte galten Fremde für rechtlos. Der Landesherr, in dessen Gebiete sie sich aufhielten, übte gegen sie das Wildfangsrecht aus, d. h. er behandelte sie gleich Hörigen. Sie hatten den Fahgulden zu entrichten, Dienstpflicht zu geloben und einen Leibzins zu bezahlen. Nach ihrem Tode nahm der Landesherr ihren Nachlaß mit Ausschluß ihrer Erben in Besitz und dies Recht, welches jus albinagii (droit d'aubaine, Fremdlingsrecht) genannt wird, ging dann auch auf die Gutsherrn in Bezug der Fremden über, die auf ihrem Gebiete starben. [3]) Kaiser Friedrich II. hob durch die

---

status zum Nachtheil und zwar in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit bedeuten. Caput heißt nämlich nach Niebuhr (röm. Geschichte Bd. I. p. 606 Bd. II. p. 460) die Rubrik jedes Römers in der censorischen Bürgerliste mit Allem, was dabei über seine persönlichen Verhältnisse bemerkt war. Wurde nun in einer Liste bei dem Namen eines Römers eine solche Veränderung eingetragen, wonach der betreffende Römer in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit juris deterioris geworden war; so war dies eine capitis deminutio.

[1]) Die Freigelassenen heißen in Beziehung auf ihren Stand libertini, in Beziehung auf ihren Patron liberti.

[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 38 sq.

[3]) Phillips deutsches Privatrecht Bd. I. § 40.

Digitized by Google

auth. omnes peregrini (zu l. 10, C. 6, 59.) das jus albinagii auf. Dagegen berührt diese Authentika den Abschoß (gabella hereditaria) nicht. Man versteht darunter den Abzug, welcher von einer außer Landes gehenden Erbschaft gemacht wird. Mit der gabella hereditaria ist aber nicht zu verwechseln die gabella emigrationis (Nachsteuer), welche ein Auswanderer, der sein Vermögen aus dem Lande ausführt, zu zahlen hat. Durch Art. 18 der Bundesacte und durch Bundesbeschluß vom 23. Juli 1837 ist die Freiheit von der gabella hereditaria und emigrationis, sofern das Vermögen von einem Bundesstaat in den andern übergeht, ausgesprochen und in Preußen ist durch Art. 11 des Staatsgrundgesetzes die Nachsteuer gänzlich aufgehoben. Wir haben übrigens bereits (pag. 45) gesehen, daß jetzt nach preuß. wie nach gem. Recht die Fremden im Allgemeinen den Einheimischen privatrechtlich gleichgestellt sind. Nur in folgenden Beziehungen stehen die Fremden im preuß. Recht den Einheimischen nach:

Fremde eignen sich nicht zu Schiedsrichtern (§ 41 des Anh. z. A. G.-O.) und zu Zeugen bei Notariatsacten (§ 7 des Ges. v. 11. Juli 1845, G.-S. p. 487); sie müssen in der Regel in Prozessen Caution bestellen (§ 13, I, 21. A. G.-O.) und sich vor dem Gerichte, welches wieder sie einen Arrest verhängt hat, auch in der Hauptsache einlassen (§ 119, I., 2. A. G.-O.); ferner können sie nur mit Genehmigung des Justiz-Ministers Vormünder werden (§§ 156 und 157, II, 18. L.-R.) und nur mit Genehmigung des Ministers des Innern Rittergüter erwerben (Cab.-Ordre vom 28. März 1809, Mathis Bd. IX. p. 234); auch sind sie der Retorsion unterworfen (§ 43 Einl. z. L.-R.). — Das Indigenat (Heimathsrecht) d. i. der Inbegriff aller einem Mitgliede des Staats als solchem zustehenden Rechte und Pflichten, wird in Preußen erworben: a. durch Abstammung und zwar bei ehelichen Kindern, wenn der Vater, bei unehelichen, wenn die Mutter preuß. Unterthan ist. b. durch Legitimation, wenn man von einem Preußen außer der Ehe mit einer Ausländerin erzeugt worden ist. c. durch Verheirathung an einen Preußen und d. durch Verleihung oder Naturalisation, nicht aber auch durch Adoption (Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preuß. Unterthan vom 31. Decbr. 1842, Ges.-S. 1843, p. 15). Die Eigenschaft als Preuße geht verloren a. durch Entlassung auf Antrag des Un-

Digitized by Google

terthans; b. durch Ausspruch der Behörde, wenn ein Preuße sich im Auslande aufhält und der ausdrücklichen Aufforderung zur Rückkehr binnen der ihm gestellten Frist nicht Folge leistet; c. durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande ohne Erlaubniß oder durch zehnjähriges Ausbleiben über die in der Erlaubniß bestimmte Frist und d. durch Verheirathung einer Preußin an einen Ausländer. (Gesetz vom 31. December 1842. Ges.-S. 1843 p. 15. Verordn. betr. die Auswanderung vom 15. Septbr. 1818. Ges.-S. p. 175. Art. 11 der Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850.) Die Eigenschaft als Preuße giebt ein Anrecht a. auf den Schutz des Staates (§ 76 Einl. z. L.-R.), b. auf die Zulassung zu allen öffentlichen Aemtern und Würden (Art. 4 der Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850), c. auf Niederlassung in irgend einer Gemeinde und Betreibung eines Gewerbes unter Erfüllung der gesetzlich hierfür bestehenden Bedingungen. (Gesetz über die Aufnahme neu anziehender Personen vom 31. Decbr. 1842. G.-S. 1843 p. 5), d. auf Unterstützung von Seiten der Gemeinde, in der man Mitglied ist oder einen Wohnsitz resp. dreijährigen Aufenthalt gehabt hat, im Falle der Hilfsbedürftigkeit. (Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Decbr. 1842. Ges.-S. 1843 p. 8.) Dagegen ist aber auch jeder Preuße verpflichtet, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältniß seines Standes und Vermögens zu unterstützen. (§ 73 Einl. z. L.-R.)

C. In Ansehung des Status familiae sind die Menschen nach röm., gem. und preuß. Recht entweder sui juris (Unabhängige) oder alieni juris (Abhängige).

Digitized by Google

ausnahmsweise erlaubter Selbsthilfe treten im gemein. Rechte noch die Privatpfändungen, welche von dem röm. Recht zwar verboten (l. 39. § 1. D. 9, 2.) [1]), durch einen allgemeinen deutschen Gebrauch jedoch begründet sind. [2]) Dagegen ist die Nothwehr auch im röm. Recht durchaus erlaubt: vim vi repellere licet. l. 1. § 27. D. 43, 16; l. 3. D. 1, 1; l. 1. C. 8, 4, doch nur ex continenti, nicht ex intervallo l. 3. § 9. D. 43, 16. Ebenso kennt das röm. und gem. Recht Fälle, in welchen der durch eine vis major herbeigeführte Nothstand zu einem an sich unerlaubten Eingriff in die Rechtssphäre des Andern berechtigt: l. 29. § 3; l. 49 § 1. D. 9, 2 u. l. 3. § 7. D. 47, 9; l. 14 pr. D. 19, 5; cap. 4. X de R. I; cap. 3. X. de furtis; P. G.-O. Art. 166.

Das preuß. L.-R. verbietet nicht bloß im Allgemeinen die Selbsthilfe, sondern auch die Nothwehr (§§ 77 und 78 der Einl. und § 518, II, 20. L.-R.), und läßt beide nur in folgenden Ausnahmefällen zu:

1) wenn die Hilfe des Staates zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde; § 78 Einl. und §§ 518 sq. II, 20; § 142 und 143, I, 7. L.-R. Auch nur unter dieser Voraussetzung gestattet es die Pfändung. § 414, I, 14. L.-R.

2) Den bloßen Inhaber kann der, in dessen Namen derselbe besitzt, der Gewahrsam allezeit eigenmächtig entsetzen; doch darf dadurch weder die öffentliche Ruhe und Sicherheit, noch der Inhaber in seinen anderweiten Gerechtsamen gestört werden. §§ 144 und 145, I, 7. L.-R.

3) Jeder darf sich unter Umständen des Hausrechts bedienen. §§ 527 und 528, II, 20. L.-R.

4) Der Gläubiger darf den flüchtigen Cridar verfolgen, festnehmen und zur gefänglichen Haft abliefern; § 484, I, 50. Allg. Ger.-Ord. Das Landrecht bedroht jedoch die unerlaubte Selbsthilfe keineswegs, wie das röm. Recht, mit Verlust des Rechts, sondern nur mit Geld- und Freiheitsstrafen. § 157 sq. II, 20. L.-R. Das neue Strafgesetzbuch kennt die unerlaubte Selbsthilfe als ein selbstständiges Verbrechen nicht mehr und erklärt die Nothwehr ausdrücklich in allen Fällen für erlaubt. § 41 a. a. O. Dagegen trägt es dem eigentlichen, durch vis major herbeigeführten Nothstande, welcher vom Allg. L.-R. im § 1115, II, 20

---

[1]) In einigen Fällen läßt übrigens auch das röm. Recht die Pfändung zu z. B. wenn der Herr des schadenden Thieres unbekannt ist. Phillips deutsch. Privatrecht Bd. 1 § 64 Note 2.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 81 und 84 Nr. 8. Phillips deutsch. Privatrecht Bd. I. § 64.

Digitized by Google

wenigstens einigermaaßen, wenn auch nicht genügend, berücksichtigt wird, gar keine Rechnung.

D. Collision der Rechte.

Dieselbe ist nicht zu verwechseln mit Concurrenz der Rechte. Diese ist vorhanden, wenn Rechte, welche neben einander bestehen können, in irgend einer Rücksicht zusammentreffen, wie dies z. B. bei jeder Gemeinschaft (subjective Concurrenz), so wie dann der Fall ist, wenn mehrere Rechte in Einer Person zusammenkommen (objective Concurrenz). [1]) Collision tritt dagegen ein, wenn die Rechte mehrerer Personen dergestalt mit einander in Widerstreit gerathen, daß nur das eine oder das andere Recht vollständig ausgeübt werden kann. Man unterscheidet zwischen directer und indirecter Collision; direct collidiren Rechte, wenn sie den Berechtigten gegen einander zustehen; indirect, wenn sie in einem dritten Objecte zusammentreffen, worauf jeder der Berechtigten ein ausschließendes Recht behauptet. [2])

Bei der Collision gleich starker Rechte [3]) gelten nach röm., gem. und preuß. Recht folgende Grundsätze:

1) generi per speciem derogatur; l. 80. D. 50, 17 (ist im Landrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen). Entscheidet diese Regel nicht, so muß

2) Derjenige, welcher durch Ausübung seines Rechts einen Vortheil sucht, demjenigen nachstehen, der einen positiven Verlust (Schaden) abwenden will. l. 41, § 1, D. 50, 17. l. 14, § 1 in fine D. 11, 7. § 96 Einl. z. L.-R. Sind die Collidirenden in gleicher Lage, so soll

3) nach preuß. Recht Jeder einen verhältnißmäßigen Theil nachgeben; § 97 Einl. z. L.-R.; nach röm. und gem. Recht entscheidet bisweilen das Alter; l. 98. D. 50, 17.

Uebrigens dient nach allen drei Rechten in vielen Fällen, wo eine Theilung nicht möglich ist, das Loos zur Beseitigung der Collision, z. B. l. 14, D. 5, 1. l. 5, D. 10, 2. § 394, I, 12; § 125, I, 17; § 593, I, 20. L.-R. Ebenso giebt häufig der Satz: melior est occupantis, possidentis causa den Ausschlag, z. B. l. 19, D. 42, 1. l. 128 pr. D. 50, 17. § 243, I, 12. L.-R. ꝛc.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 116, Nr. 1 und 2.

[2]) v. Holzschuher a. a. O. p. 117, Nr. 7.

[3]) Sind die Rechte nicht gleich stark, so geht natürlich das stärkere dem schwächeren vor. cf. § 95 Einl. z. L.-R.

Digitized by Google

E. Uebertragung der Rechte.

Dieselbe ist entweder eine translativa (reine Uebertragung), d. h. eine solche, welche die Gestalt des Rechts unverändert läßt, oder eine constitutiva, d. i. diejenige, wodurch das Recht, dessen man sich entäußert, seinem Wesen und Begriffe nach bei dem Erwerber als ein ganz anderes erscheint wie bei dem Veräußernden (z. B. Bestellung eines Pfand- oder Servitutenrechts). Sehr schwierig ist die Beantwortung der Frage, welche Rechte übertragbar seien und welche nicht. Im Allgemeinen läßt sich nur sagen, daß jura personalissima nicht, wohl aber die übrigen Rechte in der Regel übertragen werden können (cf. § 99 Einl. z. L.-R.). Das Nähere gehört in die Lehre von der Uebertragung der Forderungsrechte. Der Ausspruch des röm. Rechts: Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet (l. 54, D. 50, 17.) ist wörtlich in das preuß. Landrecht übergegangen (§ 101 Einl. z. L.-R.).

F. Verlust der Rechte.

Die Gründe desselben können sein:

a. Wegfall der ursächlichen Bedingungen des Rechts, insonderheit Untergang des Objects; b. Eintritt einer Resolutiv-Bedingung oder Zeitbestimmung; c. Versäumniß oder Verjährung; d. Confusion; e. Zurücknahme eines auf Widerruf ertheilten Rechts; f. Aufhören des Rechtes dessen, welcher das Recht bestellt hat; resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis. Dieser Satz hat jedoch im preuß. Recht nur eine sehr eingeschränkte Geltung; g. Entziehung des Rechts zur Strafe; h. Tod des Berechtigten bei höchstpersönlichen Rechten; i. Verzicht und k. Veräußerung.

Digitized by Google

Zum ersten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.[1])

Persona, Rechtsfähigkeit.

Persona bedeutet im röm. Recht so viel als Rechtsfähigkeit[2]) oder die Eigenschaft, wonach Jemand überhaupt als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt.[3]) Daher wird auch der Träger der Rechtsfähigkeit (das rechtsfähige Subject) selbst persona genannt. In gleicher Weise giebt das preuß. Landrecht den Begriff der „Person" (§ 1, I, 1). Bisweilen aber bezeichnet im röm. Recht persona nur eine bestimmte juristische Qualität eines Menschen, welche mehrere besondere Rechte und Pflichten umfaßt; daher die sprichwörtliche Redensart: unus homo plures sustinere potest personas.[4]) Die Personen zerfallen in:

1) physische, d. h. solche, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein einzelner Mensch ist und

2) juristische (moralische, mystische, personae fictae) d. h. solche, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein juristischer Begriff ist.[5])

Grundbedingungen der Rechtsfähigkeit sind nach röm., gem. und preuß. Rechte:

a. vollständige Trennung des Kindes vom Mutterleibe (Geburt) l. 9. § 1. D. 35, 2; l. 1, § 1. D. 25, 4; l. 3. C. 6, 29. §§ 10 u. 12, I, 1. L.-R. Der noch ungeborene Mensch (foetus) wird in mehreren Stellen des röm. Rechts nicht als ein selbstständiges Geschöpf, sondern nur als ein Theil des Leibes der Mutter (pars viscerum) bezeichnet; l. 1. § 1. D. 25, 4; l. 9. § 1. D. 35, 2. Andere Stellen setzen ein solches Kind dem schon geborenen gleich; z. B. l. 26. D. 1, 5. Diese Fiction beschränkt sich jedoch überall auf den eigenen Vortheil des Kindes, und kein Anderer darf dieselbe für sich benutzen. l. 7. D. 1, 5.

---

[1]) Dieser Titel handelt „von den Personen und deren Rechten überhaupt." Die ersten §§ enthalten nichts weiter als doctrinelle Definitionen. Bei § 3 und 4 vergl. l. 195, D. 50, 16 über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes familia im röm. Recht. § 5 h. t. vergißt, daß auch durch Vertrag Familienverhältnisse begründet werden.

[2]) Es ist zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit zu unterscheiden. Erstere bezieht sich auf das Haben, Letztere auf das Erwerben der Rechte. cf. v. Savigny System Bd. II. p. 1.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 176.

[4]) Derselbe a. a. O.

[5]) Puchta Vorles. Bd. I. § 25.

Digitized by Google

Das röm. Recht widmet nämlich bereits dem foetus eine gewisse Fürsorge, theils durch Anstalten, wodurch sein Leben im Mutterleibe vor der Vernichtung geschützt werden soll (l. 4. D. 47, 11; l. 8. D. 48, 8; l. 38 § 5 u. l. 39. D. 48, 19; l. 2. D. 11. 8; l. 18. D. 1, 5. l. 3. D. 48, 19.), theils durch die Aufbewahrung von Rechten, welche dem foetus zugestanden haben würden, wäre er zur Zeit der Conception schon geboren gewesen. l. 3. D. 5, 4; pr. J. 1, 4; l. 7 u. 18. D. 1, 5. Man sagt daher: nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur.[1]) Doch soll überall derjenige Zeitpunkt zur Beurtheilung der Standesverhältnisse eines Kindes ausgewählt werden, welcher dem Kinde den meisten Vortheil bringt, sei es die Zeit der Erzeugung oder der Geburt oder selbst irgend ein mittlerer Zeitpunkt, pr. J. 1, 4. Das preuß. Recht theilt den noch ungeborenen Kindern von der Zeit ihrer Empfängniß an „die allgemeinen Rechte der Menschheit" zu (§ 10, I, 1. L. R.) d. h. es darf nichts geschehen, wodurch ihre Geburt verhindert wird. (Vergl. §§ 181 u. 182 des Strafgesetzbuchs); auch findet sich hier der Grundsatz: „nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur" wieder. § 12, I, 1. L.-R. Das preuß. Recht stimmt also in der Behandlung des foetus mit dem röm. und gem. Recht im Allgemeinen überein.

b. Leben des Geborenen nach der vollständigen Trennung; l. 2 u. 3. C. 6, 29; l. 129. D. 50, 16. Stirbt das Kind während einer langwierigen Geburt, so hat es nach röm. und gem. Recht niemals Rechtsfähigkeit gehabt.[2])

c. Menschliche Gestalt oder wie das L.-R. sich ausdrückt: „menschliche Form und Bildung" (§ 17, I, 1.) Was darunter verstanden werden soll, ist im L.-R. nicht näher bestimmt. Nach röm. Recht darf das geborene Wesen kein monstrum oder prodigium sein (l. 3. C. 6, 29.) d. h. der Kopf muß menschliche Bildung an sich tragen (l. 44. pr. D. 11, 7.); bloße Abweichungen von der regelmäßigen Menschengestalt (z. B. Glieder zu viel oder zu wenig) schließen die Rechtsfähigkeit nicht aus (l. 14. D. 1, 5; l. 12. § 1. D. 28, 2.) Dergleichen bloß fehlerhaft gebildete Menschen sind ostenta im eng. Sinne. Im weiteren Sinne umfaßt der Ausdruck „ostentum" auch monstra, l. 38. D. 50, 16.

d. Lebensfähigkeit (Vitalität) wird ebenfalls als Requisit der Rechtsfähigkeit von manchen Lehrern des röm. und gem. Rechts behauptet, in neuerer Zeit jedoch von den Meisten geleugnet.[3])

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 239, Nr. 8.

[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 8.

[3]) v. Savigny System Bd. II. p. 11 und 385 sq. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 177, Note 2. v. Vangerow, Pandecten Th. I. § 32.

Digitized by Google

Das preuß. Recht kennt dies Requisit entschieden nicht.[1]) Daß ein Kind gelebt habe, muß von dem, der darauf Rechte gründen will, bewiesen werden. Dieser Beweis konnte schon im älteren deutschen Rechte durch Zeugen geführt werden, welche bekundeten, daß das Kind die Augen aufgeschlagen und nach dem Dache hinaufgeschaut (lex. Alemann. Tit. 92.) oder die vier Wände beschrieen hatte (Sachsenspiegel Bd. 1. Art. 33.) Daß dies aber die einzig zulässige Art der Beweisführung gewesen sei, wird durch die allegirten Gesetzesstellen nicht bestätigt. Die gemeinrechtliche Praxis hat sich denn auch dahin entschieden, daß es genügt, wenn überhaupt irgend ein Lebenszeichen dargethan wird.[2]) Dies ist auf Grund des röm. Rechts geschehen, welches ausdrücklich erklärt, auf das Schreien des Kindes komme es nicht an. l. 3. C. 6, 29. Das preuß. L.-R. läßt ebenfalls den Beweis durch Zeugen, welche die Stimme des Kindes vernommen haben, zu, ohne ihn für den ausschließlichen zu erklären. § 13, I, 1. Zur Feststellung der Geburt dienen vielmehr hauptsächlich die Kirchenbücher und andere Civilstandsregister und erst in deren Ermangelung wird zu den gewöhnlichen Beweismitteln, zuletzt zu den Hausbüchern verstorbener Eltern die Zuflucht genommen; §§ 128 und 162, I, 10. Allg. Ger.-Ord. Pat. vom 30. März 1847. (G.-S. p. 121.) V. v. 30. März 1847. (G.-S. p. 125.) V. v. 23. Juli 1847. (G.-S. p. 263.) Kommt es bei Zwillingen oder Drillingen darauf an, welches Kind zuerst geboren ist und läßt sich dies nicht ermitteln, so entscheidet nach gem.[3]) und preuß. Recht das Loos über die Rechte der Erstgeburt. §§ 14—16, I, 1. L.-R.

Einschränkungen der Rechtsfähigkeit.

Im röm. Recht kommen zwei Kunstausdrücke vor, welche vornämlich dazu dienen, den Umfang der Rechtsfähigkeit Jemandes anzudeuten. Diese Ausdrücke sind connubium und commercium. Connubium heißt zunächst die Fähigkeit zu einer römisch gültigen Ehe. Da aber von einer solchen Ehe die Möglichkeit der väterlichen Gewalt, von dieser wieder die römische Verwandtschaft und endlich von dieser die alte Intestaterbfolge abhängt, so wird dadurch, daß einer Person connubium beigelegt oder abgesprochen wird, der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit großen Theils bezeichnet.

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. I. § 42.
[2]) Phillips deutsch. Privatrecht Bd. I. 29, Nr. 1.
[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 177. Das röm. Recht enthält hierüber keine Entscheidung. Siehe jedoch l. 10, § 1, D. 43, 5.

Digitized by Google

Auf ähnliche Weise drückt commercium zunächst nur die Fähigkeit aus, ein symbolisches Kaufgeschäft (mancipatio genannt) vorzunehmen. Da aber die Mancipation die älteste und üblichste Veräußerungsform für das römische (z. g. quiritarische) Eigenthum war, so ist eigentlich durch commercium die Fähigkeit zu dieser vollständigsten Art des Eigenthums bezeichnet: also auch die Fähigkeit zu der in jure cessio, usucapio und der strengen Vindication. In weiterer Entwicklung aber umfaßt commercium zugleich die Fähigkeit zu Servituten, sowie zu manchen Arten der Obligationen, endlich auch die testamentifactio d. h. die Grundbedingung für die Fähigkeit, ein Testament oder ein Codizill zu errichten, zum Erben, Legatar oder Fideicommissar ernannt zu werden und Zeuge bei der Errichtung eines letzten Willens zu sein. Doch beziehen sich die beiden Kunstausdrücke connubium und commercium nur auf die dem jus civile angehörigen Rechtsinstitute. Wird daher einer Person das connubium abgesprochen, so kann trotzdem für sie die Fähigkeit zu einer Ehe nach jus gentium bestehen und ebenso kann derjenige, welcher das commercium nicht hat, dennoch zu einem Eigenthum nach jus gentium fähig sein.[1])

Das röm. Recht kennt drei wichtige Stufen der Rechtsfähigkeit, auf welche sich die Lehre von den Status bezieht. Viele neuere Rechtslehrer verstehen nämlich unter „Status" eine Eigenschaft, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte hat, und unterscheiden zwei Arten solcher Eigenschaften: 1) natürliche (Status naturales, Status im uneigentlichen Sinne), wonach die Menschen in Männer und Frauen, Gesunde und Kranke ꝛc. zerfallen, und 2) moralische oder juristische (Status civiles, Status im eigentlichen Sinne) deren es nicht mehr, noch weniger als drei giebt; nämlich Status libertatis, civitatis und familiae. Dabei wird jedoch der Begriff des Status familiae verschieden angegeben: bald soll dieser Kunstausdruck die Mitgliedschaft in einer bestimmten einzelnen Agnatenfamilie bezeichnen, bald soll er sich auf die Eintheilung der Menschen in Abhängige (hom. alieni juris) und Unabhängige (hom. sui juris) beziehen. Unter capitis deminutio wird dann der Verlust eines Status verstanden; sie ist eine maxima, wenn sie die Libertät, eine media, wenn sie die Civität, und eine minima, wenn sie den Status familiae betrifft.[2])

---

[1]) v. Savigny System Bd. II. p. 26—28.

[2]) v. Savigny verwirft in seinem Systeme des h. röm. Rechts (Beilage VI) die oben angegebene Erklärung und Eintheilung der status als unlogisch. Nach ihm soll status 2 Verhältnisse des öffentlichen Rechts (Freiheit und Civität) und aus dem Privatrecht alle der Familie angehörige Rechtsverhältnisse bezeichnen, capitis deminutio aber jede Veränderung des

Digitized by Google

A. In Beziehung auf den Status libertatis theilt das röm. Recht die Menschen ein: a. in freie (liberi) und b. in Sclaven (servi). Die liberi zerfallen wieder in Freigeborene (ingenui) und in Freigelassene (libertini); [1]) die libertini sondern sich abermals in cives libertini, Latini libertini (Latini Juniani genannt) und peregrini libertini (qui dediticiorum numero sunt). Den Sclaven wird eine allgemeine Rechtsunfähigkeit zugeschrieben.

Im deutschen Recht giebt es zwei Verhältnisse der Unfreiheit: Leibeigenschaft und Hörigkeit oder Erbunterthänigkeit. Beide Verhältnisse unterscheiden sich in späterer Zeit von der röm. Sclaverei darin, daß sie die Rechtsfähigkeit nur vermindern. Unter sich sind Leibeigenschaft und Hörigkeit insofern verschieden, als Letztere immer auf ein gewisses Grundstück Bezug hat. Das preuß. Landrecht kennt nur die Erbunterthänigkeit (§ 88 in Verb. mit § 148, II, 7), welche jedoch durch Edict vom 9. Octbr. 1807 aufgehoben ward.

B. In Beziehung auf den Status civitatis unterscheiden die Römer a. cives, b. Latini und c. peregrini. Die peregrini waren zwar nicht im jus civile, wohl aber im jus gentium völlig rechtsfähig; die Latini hatten das commercium, jedoch ohne connubium. [2]) Ulp. V. § 4.

Nach altdeutschem Rechte galten Fremde für rechtlos. Der Landesherr, in dessen Gebiete sie sich aufhielten, übte gegen sie das Wildfangsrecht aus, d. h. er behandelte sie gleich Hörigen. Sie hatten den Fahgulden zu entrichten, Dienstpflicht zu geloben und einen Leibzins zu bezahlen. Nach ihrem Tode nahm der Landesherr ihren Nachlaß mit Ausschluß ihrer Erben in Besitz und dies Recht, welches jus albinagii (droit d'aubaine, Fremdlingsrecht) genannt wird, ging dann auch auf die Gutsherrn in Bezug der Fremden über, die auf ihrem Gebiete starben. [3]) Kaiser Friedrich II. hob durch die

---

status zum Nachtheil und zwar in Beziehung auf die Rechtsfähigkeit bedeuten. Caput heißt nämlich nach Niebuhr (röm. Geschichte Bd. I. p. 606 Bd. II. p. 460) die Rubrik jedes Römers in der censorischen Bürgerliste mit Allem, was dabei über seine persönlichen Verhältnisse bemerkt war. Wurde nun in einer Liste bei dem Namen eines Römers eine solche Veränderung eingetragen, wonach der betreffende Römer in Beziehnng auf die Rechtsfähigkeit juris deterioris geworden war; so war dies eine capitis deminutio.

[1]) Die Freigelassenen heißen in Beziehung auf ihren Stand libertini, in Beziehung auf ihren Patron liberti.

[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 38 sq.

[3]) Phillips deutsches Privatrecht Bd. I. § 40.

Digitized by Google

auth. omnes peregrini (zu l. 10, C. 6, 59.) das jus albinagii auf. Dagegen berührt diese Authentika den Abschoß (gabella hereditaria) nicht. Man versteht darunter den Abzug, welcher von einer außer Landes gehenden Erbschaft gemacht wird. Mit der gabella hereditaria ist aber nicht zu verwechseln die gabella emigrationis (Nachsteuer), welche ein Auswanderer, der sein Vermögen aus dem Lande ausführt, zu zahlen hat. Durch Art. 18 der Bundesacte und durch Bundesbeschluß vom 23. Juli 1837 ist die Freiheit von der gabella hereditaria und emigrationis, sofern das Vermögen von einem Bundesstaat in den andern übergeht, ausgesprochen und in Preußen ist durch Art. 11 des Staatsgrundgesetzes die Nachsteuer gänzlich aufgehoben. Wir haben übrigens bereits (pag. 45) gesehen, daß jetzt nach preuß. wie nach gem. Recht die Fremden im Allgemeinen den Einheimischen privatrechtlich gleichgestellt sind. Nur in folgenden Beziehungen stehen die Fremden im preuß. Recht den Einheimischen nach:

Fremde eignen sich nicht zu Schiedsrichtern (§ 41 des Anh. z. A. G.-O.) und zu Zeugen bei Notariatsacten (§ 7 des Ges. v. 11. Juli 1845, G.-S. p. 487); sie müssen in der Regel in Prozessen Caution bestellen (§ 13, I, 21. A. G.-O.) und sich vor dem Gerichte, welches wieder sie einen Arrest verhängt hat, auch in der Hauptsache einlassen (§ 119, I., 2. A. G.-O.); ferner können sie nur mit Genehmigung des Justiz-Ministers Vormünder werden (§§ 156 und 157, II, 18. L.-R.) und nur mit Genehmigung des Ministers des Innern Rittergüter erwerben (Cab.-Ordre vom 28. März 1809, Mathis Bd. IX. p. 234); auch sind sie der Retorsion unterworfen (§ 43 Einl. z. L.-R.). — Das Indigenat (Heimathsrecht) d. i. der Inbegriff aller einem Mitgliede des Staats als solchem zustehenden Rechte und Pflichten, wird in Preußen erworben: a. durch Abstammung und zwar bei ehelichen Kindern, wenn der Vater, bei unehelichen, wenn die Mutter preuß. Unterthan ist. b. durch Legitimation, wenn man von einem Preußen außer der Ehe mit einer Ausländerin erzeugt worden ist. c. durch Verheirathung an einen Preußen und d. durch Verleihung oder Naturalisation, nicht aber auch durch Adoption (Gesetz über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preuß. Unterthan vom 31. Decbr. 1842, Ges.-S. 1843, p. 15). Die Eigenschaft als Preuße geht verloren a. durch Entlassung auf Antrag des Un-

Digitized by Google

terthans; b. durch Ausspruch der Behörde, wenn ein Preuße sich im Auslande aufhält und der ausdrücklichen Aufforderung zur Rückkehr binnen der ihm gestellten Frist nicht Folge leistet; c. durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande ohne Erlaubniß oder durch zehnjähriges Ausbleiben über die in der Erlaubniß bestimmte Frist und d. durch Verheirathung einer Preußin an einen Ausländer. (Gesetz vom 31. December 1842. Ges.-S. 1843 p. 15. Verordn. betr. die Auswanderung vom 15. Septbr. 1818. Ges.-S. p. 175. Art. 11 der Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850.) Die Eigenschaft als Preuße giebt ein Anrecht a. auf den Schutz des Staates (§ 76 Einl. z. L.-R.), b. auf die Zulassung zu allen öffentlichen Aemtern und Würden (Art. 4 der Verf.-Urk. vom 31. Januar 1850), c. auf Niederlassung in irgend einer Gemeinde und Betreibung eines Gewerbes unter Erfüllung der gesetzlich hierfür bestehenden Bedingungen. (Gesetz über die Aufnahme neu anziehender Personen vom 31. Decbr. 1842. G.-S. 1843 p. 5), d. auf Unterstützung von Seiten der Gemeinde, in der man Mitglied ist oder einen Wohnsitz resp. dreijährigen Aufenthalt gehabt hat, im Falle der Hilfsbedürftigkeit. (Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. Decbr. 1842. Ges.-S. 1843 p. 8.) Dagegen ist aber auch jeder Preuße verpflichtet, das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältniß seines Standes und Vermögens zu unterstützen. (§ 73 Einl. z. L.-R.)

C. In Ansehung des Status familiae sind die Menschen nach röm., gem. und preuß. Recht entweder sui juris (Unabhängige) oder alieni juris (Abhängige).

Digitized by Google

Einschränkung der Rechtsfähigkeit als Folge der Ehrenschmälerung.[1]

Die bürgerliche Ehre (existimatio) besteht in dem Anspruch auf allgemeine Anerkennung der einem Staatsbürger als solchem nach Gesetz und Sitte zukommenden Würde. Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus. l. 5. § 1, D. 50, 13. Sie kann bei einzelnen Personen entweder ganz aufgehoben (existimatio consumitur) oder nur geschmälert sein (existimatio minuitur). A. Im römischen Rechte unterscheiden neuere Juristen drei hierauf bezügliche Institute, nämlich: 1) die infamia (juris). Sie ist der in Folge einer allgemeinen Regel (nicht der censorischen Willkür) eingetretene Zustand, in welchem ein Römer bei fortdauernder Civität dennoch der politischen Rechte der Civität entbehrt.[2] Die Regeln der infamia beruhen nicht auf Gesetzen, sondern auf alter Volksansicht (moribus) und die Aufzählung der Fälle der Infamie im prätorischen Edict hat nicht die Bedeutung, als habe der Prätor hier erst jene Fälle eingeführt.[3] Die Infamie tritt entweder als natürliche Folge einer Verurtheilung ein (infamia notatur, qui damnatus erit, doch wird sie nie im Urtheil selbst ausgesprochen) und wird dann von den Neueren infamia mediata genannt, oder sie ist unmittelbar an eine Handlung geknüpft (infamia notatur, qui fecerit) und heißt dann bei den Neueren infamia immediata. Die Erstere (inf. med.) findet statt a. bei der Verurtheilung wegen eines publicum delictum sowie wegen gewisser crimina extraordinaria und Privatdelicte (Diebstahl, Raub, Injurie, Betrug, Zinswucher),[4] b. Bei der Verurtheilung auf die Klage pro socio, tutelae, mandati und depositi wegen dolus.[5] Die inf. immed. tritt ein a. für die schimpflich aus dem Dienste entlassenen Soldaten, b. für diejenigen, welche um Lohn bei öffentlichen Spielen auftreten, c. für Kuppler und feile Weibspersonen freien Standes, sowie für Männer, qui corpore suo muliebria passi sunt, d. für die auf der That ertappten Ehebrecherinnen, e. für die das Trauerjahr verletzende Wittwe ꝛc. ꝛc.[6] Die Folgen der infamia med.

---

[1]) Tit. Dig. de his qui notantur infamia (3, 2) Tit. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (2, 12).

[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 199.

[3]) Derselbe a. a. O. p. 189 sq.

[4]) Derselbe a. a. O. p. 173—176.

[5]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 189 und v. Savigny a. a. O. p. 176—179.

[6]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 189.

Digitized by Google

und immed. dauern in perpetuum und lassen sie als eine cap. deminutio media erscheinen. Sie bestehen in dem Verlust der publicistischen Rechtsfähigkeit und in gewissen privatrechtlichen Nachtheilen. Die wichtigsten unter denselben sind: a. Infames sind in der Regel unfähig, für andere zu postuliren, sie können also in der Regel nicht Cognitor und eben so wenig Procurator werden, auch dürfen sie keine Popularklagen anstellen; b. sie sind in der Fähigkeit zur Ehe beschränkt; doch fiel diese Wirkung der Infamie im justin. Rechte weg; [1]) c. Geschwister eines Erblassers, die im Testament ausgeschlossen sind, sind zur querela inoff. test. berechtigt, wenn der ihnen vorgezogene Erbe eine infame Person ist; d. gewisse infames (nämlich die in einem judicium publicum Verurtheilten) sind intestabiles.[2]) 2) Die turpitudo (auch infamia facti genannt). Man versteht darunter die Verächtlichkeit, welche Jemandem wegen unehrbaren Wandels in der gemeinen Meinung (nicht nach juristischen Begriffen) anklebt und die zum Theil dieselben Wirkungen erzeugt, wie die infamia juris.[3]) 3) Die levis nota. Diese Ehrenschmälerung erscheint bald als Folge eines verachteten Gewerbes, bald als Folge der Abstammung von ehemaligen Unfreien, Schauspielern oder andern verachteten Personen, und hat viel Aehnlichkeit mit der deutschen Anrüchigkeit. Senatoren und deren Descendenten können mit denen, welche mit einer levis nota behaftet sind, keine Ehe eingehen; ferner ist die ad 1c. angegebene Wirkung der infamia juris auch eine Folge der levis nota.[4]) B. Im älteren deutschen Rechte giebt es in Beziehung auf die Aufhebung oder Verminderung der Ehre ebenfalls drei Institute: 1) Die Echt- oder Friedlosigkeit, 2) die Rechtlosigkeit und 3) die Ehrlosigkeit (Landr. des Sachsensp. Bd. I. Art. 51. § 1 und Art. 5. § 2).[5]) Die Echt- oder Friedlosigkeit traf besonders solche Personen, welche sich bereits Jahr und Tag in der Reichsacht befanden und hatte den Ausschluß aus aller Gemeinschaft der freien Leute, aus allem Frieden, mit einem Wort: Vernichtung der Rechtsfähigkeit zur Folge. Die Rechtlosigkeit, welche mit unehelicher Geburt oder mit dem Betriebe gewisser Gewerbe oder mit friedensbrecherischen Handlungen verknüpft war, zog nur den Verlust einzelner Rechte, namentlich der Fähigkeit,

---

[1]) v. Savigny System Bd. II. p. 221.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. Vergl. auch v. Savigny System Bd. II. p. 215 sq.

[3]) v. Savigny a. a. O. p. 187.

[4]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 190 und 191.

[5]) Schon in den Quellen des Mittelalters werden jedoch diese Ausdrücke häufig promiscue gebraucht.

Digitized by Google

vor Gericht zu erscheinen, nach sich. Die Ehrlosigkeit bezog sich stets auf den Verlust einer gewissen Standesehre d. i. bestimmter Standesrechte und war vorzüglich die Folge eines Treu- oder Wortbruchs.[1]) C. Im heutigen gemeinen Rechte unterscheidet man: 1) Ehrlosigkeit oder Infamie. Dieselbe ist immer die Folge eines richterlichen Erkenntnisses, entweder weil dieses die Infamie selbst ausdrücklich als Strafe ausspricht (wie z. B. beim Meineide[2]), betrüglichen Bankerotte ꝛc.), oder weil eine andere, gesetzlich für entehrend geltende Strafe verhängt wird. Es giebt also nur noch eine infamia mediata, wogegen die inf. immed. verschwunden ist.[3]) Die Wirkungen der Ehrlosigkeit sind: Verlust der politischen Staatsbürgerrechte und des städtischen Bürgerrechts, überhaupt Unfähigkeit, in irgend welchen Verhältnissen, wo es sich um Ehre handelt, auftreten zu können. 2) Die Verächtlichkeit (turpitudo). Sie ist derjenige Zustand, in welchem eine Person wegen ihrer Handlungs- und Lebensweise des gewöhnlichen Zutrauens, welches man einem Menschen, insbesondere vor Gericht schenkt, verlustig gegangen ist. Für verächtlich gelten daher z. B. feile Dirnen und Vagabunden. Die Verächtlichkeit hat namentlich Ausschließung von Zünften und Handwerken, Verdächtigkeit des Zeugnisses und Unfähigkeit zur Erwerbung von Ehrenämtern zur Folge. Auch gilt für sie der Grundsatz des röm. Rechts, daß wegen Einsetzung einer turpis persona in einem Testamente die durch dieselbe ausgeschlossenen Geschwister des Testators zur querela inoff. test. berechtigt sind. 3) Die Anrüchigkeit oder Unehrlichkeit, welche auch wohl mit dem römischen Ausdruck levis notae macula bezeichnet wird. Mit ihr behaftet sind die unehelichen Kinder und diejenigen Personen, welche ein mißachtetes Gewerbe ergriffen haben. Auch sie schließt von den Zünften aus.[4]) D. Im preußischen Recht waren bisher bestimmte Institute in Beziehung auf Ehrenschmälerung nicht vorhanden. Man konnte allerdings 1) eine Ehrlosigkeit (Verlust der Nationalcocarde, des Gemeindebürgerrechts, des Meisterrechts, der Würden, Titel und Ehrenzeichen, der Fähigkeit zum Zeugen ꝛc.), 2) eine Verminderung der bürgerlichen Ehre mit nur publicistischen (nicht auch privat-

---

[1]) Phillips deutsch. Privatrecht Bd. I. § 35.

[2]) C. C. C. Art. 107.

[3]) Phillips a. a. O. § 39 cf. auch v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 389 Nr. 6 und 7.

[4]) Phillips a. a. O. § 38. Die Folgen der Anrüchigkeit haben in Beziehung auf uneheliche Kinder insofern ihre Bedeutung verloren, als die Legitimation, welche alle Nachtheile der unehelichen Geburt tilgt, schon auf einseitigen Antrag der Unehelichen ertheilt wird.

Digitized by Google

rechtlichen) Wirkungen und 3) eine Anrüchigkeit oder Verächtlichkeit, verbunden mit Zurücksetzung gegen ehrenhafte Personen, unterscheiden.[1]) Auch wird häufig in den Gesetzen der Ausdruck „Bescholtenheit" gebraucht, ohne daß jedoch hierfür ein bestimmter Begriff existirte. Das neue Strafgesetzbuch kennt 1) einen Verlust der bürgerlichen Ehre. Bürgerliche Ehre bedeutet hier den Inbegriff gewisser vom Staate gewährter und daher auch durch den Staat entziehbarer Rechte. Der Verlust dieses Inbegriffs ist daher der Verlust der bürgerlichen Ehre. Letzterer umfaßt: a. den Verlust des Rechts, die preußische Nationalcocarde zu tragen; b. die Unfähigkeit, öffentliche Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu führen oder zu erlangen, sowie den Verlust des Adels; c. die Unfähigkeit, Geschworener zu sein, in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden, oder die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen oder andere politische Rechte auszuüben; d. die Unfähigkeit als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden oder als Zeuge bei der Aufnahme von Urkunden zu dienen; e. die Unfähigkeit Vormund, Nebenvormund, Kurator, gerichtlicher Beistand oder Mitglied eines Familienrathes zu sein, es sei denn, daß es sich um die eigenen Kinder handele, und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrath die Genehmigung ertheile; f. den Verlust des Rechts, Waffen zu tragen und die Unfähigkeit in die Armee einzutreten. § 12 des Strafgesetzbuchs. Der Verlust der bürgerlichen Ehre ist von Rechts wegen mit der Verurtheilung zu Zuchthausstrafe verbunden; soll er auch neben der Todesstrafe eintreten, so muß auf ihn ausdrücklich erkannt werden. § 11 und 7. l. c. Seine Wirkungen beginnen mit dem Tage, wo das Urtheil rechtskräftig wird und dauern für die ganze Lebenszeit des Verurtheilten. § 12. l. c. 2) Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit (1—10 Jahre), welche gewöhnlich kurzweg „zeitige Untersagung der bürgerlichen Ehrenrechte" genannt wird. Sie kommt in der Regel nur in Verbindung mit der Gefängnißstrafe vor und unterscheidet sich von dem Verlust der bürgerlichen Ehre im Allgemeinen nicht durch den Umfang ihrer Wirkungen (§§ 21—23. a. a. O.), wohl aber durch die Dauer derselben. Ein zweiter Unterschied zwischen Beiden besteht darin, daß die Untersagung auf Zeit niemals von Rechts wegen eintritt, sondern stets im Urtheile besonders ausgesprochen werden muß. Ihre Wirkungen beginnen zwar ebenfalls mit der Rechtskraft des Strafurtheils; doch soll ihre Dauer erst von dem Tage an berechnet

[1]) Vergl. hierüber: Koch Lehrbuch. 1. Aufl. § 54.

Digitized by Google

werden, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt ist. § 21. a. a. O. 3) Zeitige Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter (auf 1—5 Jahre), welche nicht zu verwechseln ist mit der Strafe, die in der Unfähigkeit zur Bekleidung des von dem Verurtheilten bisher bekleideten Amtes oder zum selbstständigen Betriebe der bisher ausgeübten Kunst oder des bisher betriebenen Gewerbes besteht. Ueber diese letztere Strafe hat das Gesetzbuch keine allgemeinen Vorschriften. Die Bestimmungen über die zeitige Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter sind aber, obgleich man dieselbe zu einer Ehrenstrafe nicht machen wollte,[1]) im Ganzen ähnlich wie die über die zeitige Untersagung der bürgerlichen Ehrenrechte. § 25. a. a. O. 4) Stellung unter Polizei-Aufsicht auf die Dauer von 1—10 Jahren. Auch sie setzt stets ein richterliches Straferkenntniß voraus. Ihren Wirkungen nach stellt sie sich jedoch nicht sowohl als eine Verminderung der Ehre, sondern als eine Einschränkung der persönlichen Freiheit dar. §§ 26 incl. 28. a. a. O.

Einschränkung der Rechtsfähigkeit durch Religion.

A. Im römischen Recht unterschied man seit der Herrschaft der christlichen Religion: 1) Pagani, Anhänger der heidnischen Religion, welche abwechselnd mit mehr oder weniger Duldung behandelt wurden, 2) Judaei, welche in der Regel gleiches Recht mit den Christen haben sollten. l. 8. 15. C. 1, 9. Nur die Ehe zwischen Christen und Juden war gänzlich verboten. l. 6. C. 1, 9. 3) Heretici, Christen, deren Lehre durch eine Kirchenversammlung für Ketzerei erklärt worden war (z. B. die Manichäer und Donatisten). Ihnen wurde häufig die Befugniß entzogen, Erbschaften zu erwerben und Testamente zu errichten. Bisweilen wurden ihnen sogar alle juristische Handlungen versagt. l. 4 und l. 19 pr. l. 21 und 22. C. 1, 5. Auth. Item und Auth. Fried. Credentes (C. 1, 5). 4) Apostatae. Auch sie waren häufig in der Rechtsfähigkeit beschränkt, besonders in der Art, daß sie weder Erbe werden, noch testiren konnten. l. 2, 3 und 4. C. 1, 7.

B. Im gemeinen Recht ist von allen diesen Beschränkungen nur das Eheverbot zwischen Juden und Christen übrig geblieben.[2]) Doch ist dasselbe hier nicht die einzige Zurücksetzung,

---

[1]) Befeler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten p. 133 (§ 25).

[2]) v. Savigny System Bd. II. p. 233.

Digitized by Google

welche die Juden — abgesehen von ihrer Lage in publicistischer Hinsicht — erlitten haben. Es bestimmte nämlich a. der Reichsabschied von 1551 (§§ 78 und 79) daß alle Contracte, welche Juden mit Christen schlossen, bei Strafe der Nullität vor der ordentlichen Obrigkeit des Christen abgeschlossen werden sollten. b. Die Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 (Tit. 20. § 4) verbot, die Schuldforderung, die ein Jude an einen Christen hatte, einem andern Christen zu cediren (cessio in potentiorem creditorem). c. Aus Nov. 109. c. 2 hat man gefolgert, daß der jüdischen Ehefrau die privilegia dotis beim Concurse ihres Mannes nicht zu Statten kommen sollen. d. Mit Berufung auf l. 21. C. 1, 5. hat man oft dem Zeugnisse eines Juden, der von einem Glaubensgenossen zum Zeugen gegen einen Christen aufgerufen worden, keine volle Beweiskraft geben wollen.

Diese Rechtsnachtheile sind jedoch meistens unpractisch geworden. Wo dies geschehen, müssen aber auch jene privatrechtlichen Privilegien, welche den Juden hin und wieder zu Theil wurden, cessiren. Dahin gehört z. B. die Befugniß, höhere Zinsen als 5 Procent zu nehmen. — Zwischen den verschiedenen Secten des Christenthums kann in Beziehung auf den Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte zufolge Art. 16 der deutschen Bundesacte von 1815 ein Unterschied nicht mehr stattfinden. Doch bezieht sich diese Gleichstellung nur auf die Katholiken und Augsburgischen Confessionsverwandten, unter welchen letzteren seit dem Westphälischen Frieden auch die Reformirten verstanden werden, nicht aber auch auf neue separatistische Secten.[1])

C. Im preußischen Recht waren früher namentlich die Juden und Mennoniſten in politischer und auch zum Theil in privatrechtlicher Hinsicht zurückgesetzt. Gegenwärtig ist jedoch nach Art. 12 der Verf.-Urk. vom 31. Jan. 1850 der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte von dem religiösen Bekenntnisse völlig unabhängig.

---

[1]) Phillips a. a. O. Bd. I. § 44.

Digitized by Google

Von der Handlungsfähigkeit.

Auf dieselbe ist von Einfluß:

1) Das Geschlecht.

Nach älterem römischen Recht waren Frauenspersonen ohne Unterschied des Alters in der Handlungsfähigkeit beschränkt, indem sie gewisse Handlungen (z. B. Alienation einer res mancipi, Antretung einer Erbschaft ꝛc.) ohne Tutor nicht wirksam vornehmen konnten. [1]) Die tutela mulierum sank jedoch allmählig zu einer leeren Form herab und verschwand endlich ganz. Ihre letzten sicheren Spuren sind aus der Zeit Diocletians. [2]) Im späteren römischen, sowie im heutigen gemeinen Rechte sind die Frauenspersonen, was die Handlungsfähigkeit anlangt, im Allgemeinen den Mannspersonen gleichgestellt. Dasselbe gilt im preußischen Rechte. § 24, I, 1. L.-R. Doch bestehen hier, wie dort zwischen beiden Geschlechtern gewisse Rechtsverschiedenheiten, welche sich nicht bloß auf die Handlungs-, sondern auch auf die Rechtsfähigkeit beziehen. Die wichtigsten Fälle dieser Ungleichheit sind:

a. Nach röm. und gem. Recht erlangen Frauenspersonen schon mit 12, Mannspersonen erst mit 14 Jahren die Pubertät und hiermit die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe, sowie zur Errichtung eines letzten Willens (siehe den Abschnitt über das Alter). Auch nach preuß. Recht können Frauenspersonen früher als Mannspersonen heirathen; diese nämlich in einem Alter von 18, jene von 14 Jahren. § 37, II, 1. L.-R.

b. nach röm., gem. und preuß. Recht können Frauenspersonen schon in einem Alter von 18, Mannspersonen erst in einem Alter von 20 Jahren venia aetatis erlangen. l. 2, C. 2, 45. § 719, II, 18. L.-R.

c. Nach röm. und gem. Recht gehören Frauenspersonen zu denen, quibus jus ignorare permissum est (cf. pag. 31).

d. Nach röm. Recht können Frauenspersonen in der Regel nicht wirksam intercediren. l. 23. C. 4, 29. Auch nach gem. Recht steht ihnen das S. C. Vellejanum, falls sie demselben nicht gültig entsagt haben, zur Seite; nach preuß. Recht bedürfen sie bei Bürgschaften einer Verwarnung und ihre Expromissionen

---

[1]) Puchta Instit. Bd. II. § 202.
[2]) Walter, Geschichte des röm. Rechts, Th. II. § 527. Note 87.

Digitized by Google

erfordern gerichtliche Form, sind auch wegen Uebermaaßes gleich Schenkungen widerruflich. §§ 221, 226, 407 und 408, I, 14. L.-R.

e. Nach röm., gem. und preuß. Recht können Frauenspersonen keine Familiengewalt haben (cf. § 10, J. 1, 11) und genießen in der Regel keine publizistischen Rechte (cf. l. 2, D. 50, 17). Nach gem. Recht haben sie auch nicht mitzusprechen in kirchlichen Dingen (mulier taceat in ecclesia). Dieser Satz gilt jedoch im preuß. Rechte nicht unbedingt. § 129. Anh. z. L.-R. Daher kann hier auch eine Frau Kirchenpatronin sein. Dies ist anerkannt in § 601, II, 11. L.-R.

f. Nach allen drei Rechten können Frauenspersonen in der Regel nicht Solennitätszeugen sein. cf. z. B. l. 20, § 6, D. 28, 1; § 7 des Ges. v. 11. Juli 1845. (Ges.-S. p. 487.)

Zwitter (Hermaphroditen), Menschen, deren Geschlecht zweifelhaft ist, werden nach röm. und gem. Recht zu demjenigen Geschlecht gerechnet, dessen Kennzeichen bei ihnen die vorherrschenden sind. l. 10, D. 1, 5. l. 15, § 1, D. 22, 5. Dieselbe Regel gilt im preuß. Recht, wenn ein Dritter bei Bestimmung des Geschlechts interessirt ist. Der Befund der Sachverständigen ist alsdann maaßgebend. Außerdem bestimmen die Eltern, zu welchem Geschlechte der Zwitter erzogen werden soll; nach zurückgelegtem 18. Jahre steht ihm jedoch selbst die Wahl frei, zu welchem Geschlechte er sich halten wolle. Nach dieser Wahl werden seine künftigen Rechte beurtheilt, d. h. die einmal getroffene Wahl, für welche indeß eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, kann nicht mehr geändert werden. §§ 19—23, I, 1. L.-R.

2) Das Alter.

In Beziehung auf das Alter zerfallen die Menschen in:

1) Volljährige (majores XXV. annis). Die Volljährigkeit (legitima aetas) beginnt nach röm. und gem. Recht mit vollendetem 25. (l. 5, C. 6, 53), bei uns nach zurückgelegtem 24. Lebensjahre. § 26, I, 1 und § 696, II, 18. L.-R.[1]) Eine Ausnahme machten früher bei uns die Juden, welche nicht aus dem Edict vom 11. März 1812 Staatsbürger oder nicht nach

[1]) Die Vorschrift des L.-R. § 26, I, 1. hat nicht eine bloß subsidiäre, sondern principale Geltung, d. h. sie derogirt den Provinzialrechten. C.-O. v. 16. Juni 1808 (N. C. C. Tom XII. h. p. 359.) Circul.-Resc. v. 26. ejusd. m. C.-O. v. 22. Novbr. 1808 (Rabe Bd. IX. p. 377). Circul.-Resc. v. 24. ejusd. m. V. v. 1. Aug. 1817. (Ges.-S. p. 201.) Auch in Neuvorpommern und Rügen ist der 24jährige Majorennitätstermin eingeführt. V. v. 6. Juni 1831. (Ges.-S. p. 68.)

Digitized by Google

dem Edict für die Provinz Posen vom 1. Juni 1833 naturalisirt waren, indem solche mit Vollendung des 20. Lebensjahres volljährig wurden.[1]) Dieser Unterschied ist jedoch durch das Staatsgrundgesetz vom 31. Januar 1850, Art 4 und 12 aufgehoben.[2])

2) Minderjährige. Diese theilen sich wieder:

A. In Impuberes (Unmündige).

Die Impubertas, Unmündigkeit, dauert nach justin.[3]) und gem. Rechte bei Mannspersonen[4]) bis zum vollendeten 14., bei Frauenspersonen bis zum zurückgelegten 12. Lebensjahre (pr. J. 1, 22; l. 3, C. 5, 60), nach preuß. Recht bei beiden Geschlechtern bis zum vollendeten 14. Jahre. § 25, I, 1. L.-R. Bei den Römern heißt die Zeit der Unmündigkeit auch wohl prima aetas, die Zeit der Mündigkeit bis zur Volljährigkeit secunda aetas. l. 30, C. 1, 4; l. 10, C. 6, 26; Nov. 72 praef. Derjenige impubes, der ein homo sui juris ist, wird pupillus genannt. pr. 239, D. 50, 16. — Die Unmündigen zerfallen abermals

a. in solche, welche das 7. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, infantes, qui fari non possunt, Kinder. l. 18, pr. C. 6, 30; l. 26, C. 8, 54; § 25, I, 1. L.-R.

b. solche, welche das 7. Jahr bereits vollendet haben, infantia majores, qui fari possunt (cf. die ad a. allegirten Stellen). — Im röm. und gem. Recht unterscheidet man noch: infantiae und pubertati proximi. Ueber den wahren Sinn dieser Ausdrücke ist viel gestritten worden. Manche haben eine genaue Halbirung des Zeitraums zwischen der Kindheit und Pubertät angenommen, so daß nach Verschiedenheit der Geschlechter 10½ und 9½ Jahre die Scheidelinie zwischen den infantiae und pubertati proximi bilden sollen. Andere nehmen die Ausdrücke ganz subjectiv, so daß ein frühreifer Knabe schon im 8. Jahre pubertati proximus, ein sehr unentwickelter noch im 14. Jahre infantiae proximus heißen kann. Die richtige Ansicht ist wohl die, daß unter dem proximus derjenige zu verstehen, der dem einen oder dem andern Grenzpunkte sehr nahe steht und daß eine gewisse Geschäftskenntniß nahe an der Pu-

---

[1]) § 3 des Anh. z. A. L.-R. Rescr. v. 30. Octbr. 1818. Rescr. v. 24. Jan. 1814. (Jahrb. Bd. V. p. 7.) u. Deklaration v. 24. Januar 1844.

[2]) Koch Lehrbuch. 2. Aufl. Bd. I. p. 152.

[3]) Im vorjustin. Rechte wurde bei Beantwortung der Frage, ob eine Mannsperson pubes oder impubes sei, nicht bloß auf die Jahre, sondern auch auf die körperliche Beschaffenheit gesehen. Justinian hielt jedoch die inspectio habitudinis corporis auch bei Männern für unanständig nnd schaffte sie deshalb ab. pr. J. 1, 22.

[4]) Auch bei spadones (l. 4, C. 6, 22). Im vorjustin. Recht scheinen sie allerdings erst mit 18 Jahren die Rechte der Mündigen erlangt zu haben. Pauli sent. rec. 3, 4 A. § 2. cf. v. Savigny Bd. III. § 110 p. 75.

Digitized by Google

bertät zu vermuthen, nahe an der Kindheit nicht zu vermuthen ist, wobei also die Beurtheilung der unbestimmten Zwischenzeit ganz dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt. Will man jedoch das richterliche Ermessen nicht eintreten lassen, so kann man allenfalls proximus denjenigen nennen, der weniger als ein volles Jahr von dem einen oder andern Grenzpunkte entfernt ist.[1])

B. In Puberes, Mündige.

Auch für sie nimmt man im röm. und gem. Rechte wieder eine gewisse Mittelstufe an, die man durch die plena pubertas im Gegensatze der minus plena pubertas bezeichnet. Jene tritt für das männliche Geschlecht mit zurückgelegtem 18., für das weibliche mit zurückgelegtem 14. Jahre ein. l. 40, § 1, D. 1, 7; § 4, J. 1, 11; l. 57, D. 42, 1; l. 14, § 1, D. 34, 1.

Einfluß der Altersstufen.

a. Im römischen Rechte.

Das Kind (infans) ist aller juristisch wirksamen Handlungen unfähig. Der Unmündige dagegen, der nicht mehr Kind ist, kann mit Genehmigung des Tutors alle Handlungen vornehmen; ohne Genehmigung jedoch nur diejenigen, welche bloß Vortheil bringen, ohne Nachtheil oder Gefahr. pr. J. 1, 21; l. 28, pr. D. 2, 14. Er kann daher auch ohne Tutor gültig stipuliren, nicht promittiren. § 9, J. 3, 19; l. 9, pr. D. 26, 8. Gaji inst. III. § 108 sq. Aus Delicten werden infantes niemals verpflichtet; bei Unmündigen, die nicht mehr infantes sind, kommt es darauf an, ob sie das in ihrer Handlung liegende Unrecht begreifen, oder ob sie noch nicht doli capaces sind. Im ersteren Falle entsteht für sie keine Verpflichtung, wohl aber im letzteren Falle und zwar wird bei den proximi pubertati die Fähigkeit, das Unrecht zu begreifen, vermuthet. § 18, J. 4, 1 in Verb. mit l. 4, § 26, D. 44, 4; l. 5, § 2, D. 9, 2. Eine gleiche Vermuthung kann jedoch auch aus der besonders einfachen und leicht einzusehenden Natur eines Delicts hergeleitet werden.[2]) Ebenso kann ein infantia major, welcher nach individueller Entwicklung eines dolus fähig ist, ohne Rücksicht auf sein Alter als pubertati proximus behandelt werden. Wenn aber auch der Unmündige ein Delict oder eine delictartige Handlung in einem Alter begeht, worin er des dolus noch nicht fähig ist, so muß dennoch dasjenige herausgezahlt werden, was sich in

[1]) v. Savigny System Bd. III. p. 36 sq. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 178.

[2]) v. Savigny System Bd. III. p. 41 sq.

Digitized by Google

Folge jener Handlung in seinem Vermögen befindet. l. 1, § 15, D. 16, 3; l. 4, § 26, D. 44, 4.

An die Pubertät war nach dem ältesten röm. Rechte der Genuß vollständiger Handlungsfähigkeit geknüpft. Erst die um die Mitte des 6. Jahrhunderts der Stadt gegebene lex Plaetoria führte einen Unterschied zwischen minores und majores XXV. annis ein, indem sie diejenigen, welche mit Ersteren betrügliche Geschäfte eingehen würden, mit einer die Infamie nach sich ziehenden Criminalanklage bedrohte. Auch wurde der Minderjährige gegen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in Schutz genommen, in welchem er übervortheilt worden war. Er konnte sich gegen die Klage daraus durch eine besondere exceptio schützen.[1]) Noch weiter gingen die Prätoren in ihrer Fürsorge für die Minderjährigen. Während die lex Plaetoria einen dolus des Gegners voraussetzte, erklärten die Prätoren den Erfolg selbst, die Benachtheiligung des minor durch ein Rechtsgeschäft, für hinreichend, ihm unter Umständen restitutio in integrum zu Theil werden zu lassen.[2]) Endlich stellte Kaiser Marc Aurel alle Minderjährigen zur Erhaltung ihres bereits vorhandenen Vermögens unter Curatoren.[3]) Freilich mußte sich der Minderjährige den Curator selbst von der Obrigkeit erbitten; denn es galt der Grundsatz: inviti adolescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem (§ 2, J. 1, 23); doch gab es mehrere Gründe, die den minor indirect zur Erbittung eines Curators nöthigten. So z. B. konnte der Schuldner nicht mit voller Sicherheit an den minderjährigen Gläubiger, der ohne Curator war, Zahlung leisten. l. 7, § 2, D. 4, 4. Ueberhaupt war der Consens des Curators zu allen Handlungen erforderlich, die unter die Vermögensadministration gehören. Dahin sind unbestritten zu rechnen: a. Veräußerungen (l. 3, C. 2, 22); b. der Antritt einer Erbschaft (l. 26, C. 5, 37); c. die Führung von Prozessen (l. 2, C. 3, 6); die promissio dotis (l. 60 und 61, D. 23, 3). Ob Minderjährige ohne Consens des Curators durch Verträge sich gültig verpflichten können, ist wegen l. 101, D. 45, 1 streitig. Für die Bejahung entscheidet sich u. A. v. Savigny,[4]) für die Verneinung Puchta.[5]) Des Anspruchs auf Restitution ging der minor unter Anderm verlustig, wenn er selbst dolose verfahren war, cum malitia suppleat aetatem

---

[1]) Puchta Instit. Bd. II. p. 417 sq.
[2]) Puchta Instit. Bd. II. p. 418. v. Savigny System Bd. III. p. 81.
[3]) v. Savigny a. a. O.
[4]) v. Savigny, von dem Schutz der Minderjährigen. 1833. p. 32 sq.
[5]) Instit. Bd. II. p. 352. Note aa. Vorles. Bd. I. p. 420.

Digitized by Google

l. 3, C. 2, 43. — Mit der plena pubertas hat es folgende Bewandniß: Trajan hatte vielen Knaben und Mädchen Alimente ausgesetzt, welche bis zur Pubertät (14 und 12 Jahre) ausgezahlt wurden. Hadrian dehnte dieselben bis zu 18 und 14 Jahren aus. Darin lag eine freigebige Willkür ohne alle Beziehung auf Pubertät. Eine solche Beziehung entstand jedoch dadurch, daß man im Privatrecht annahm: wenn in einem Testamente Alimente ausgesetzt seien bis zur Pubertät, so müsse diese Bestimmung nach Analogie jener kaiserlichen Freigebigkeit so ausgelegt werden, als wären die Alimente bis zu 18 u. 14 Jahren ausgesetzt. l. 14, § 1, D. 34, 1. Ferner wurde bestimmt, der Adoptivvater müsse wenigstens 18 Jahre älter sein, als das Adoptivkind und diese Differenz nannte man die plena pubertas. l. 40, § 1, D. 1, 7. § 4, J. 1, 11. Mehr läßt sich über die Letztere nicht sagen.

b. Im gemeinen Rechte.

Stehen geblieben ist die Regel, daß infantes aller juristisch wirksamen Handlungen unfähig sind, daß aber infantia majores theils Sponsalien schließen, theils solche Handlungen, die reinen Gewinn bringen, gültig vornehmen und aus unerlaubten Handlungen verpflichtet werden können. Dagegen hat die Pubertät gänzlich aufgehört, der Anfang freier Vermögensherrschaft zu sein, indem durch die R. P. O. von 1548 (Tit. 31, § 1) und von 1577 (Tit. 32, § 1) die Nothwendigkeit einer fortdauernden Bevormundung aller Minderjährigen ausgesprochen und der Unterschied zwischen Tutel und Curatel practisch beseitigt ist. [1]) Doch ist die Pubertät der Anfangspunkt für die Testamentsfähigkeit und die Möglichkeit einer Ehe geblieben. Endlich ist die Minderjährigkeit als Grund einer Restitution unverändert beibehalten. [2])

c. Im preußischen Rechte.

Kinder sind, wie im röm. Recht, handlungsunfähig, d. h. ihre Willenserklärungen sind nichtig. § 20, I, 4. A.-R. Doch werden sie aus unerlaubten Handlungen, wenn auch nur subsidiär und in beschränkter Weise, zum Schadensersatz verpflichtet. §§ 41 bis 43, I, 6. A.-R. Geschenke kann jeder Dritte für sie acceptiren. § 1060, I, 11. A.-R.

Unmündige, die nicht mehr Kinder sind, können mit Genehmigung des Vormundes alle Handlungen vornehmen; ohne Einwilligung desselben jedoch in der Regel nur solche, welche bloß Vortheil ohne Lasten und Gefahr bringen; §§ 21 und 22,

---

[1]) v. Savigny System Bd. III. p. 82 sq. Phillips deutsch. Privatrecht Bd. II. § 155.

[2]) v. Savigny System Bd. III. p. 82.

Digitized by Google

I, 4 L.-R. [1]) Hier stimmt also das preuß. mit dem röm. Rechte wieder ganz überein; weicht jedoch von demselben insofern abermals ab, als es dergleichen Unmündige für die civilrechtlichen Folgen ihrer Delicte unbedingt haften läßt. Wer mit einem Unmündigen, der nicht mehr Kind ist, einen Vertrag schließt, kann, so lange der Vormund sich noch nicht erklärt hat, vom Vertrage nicht zurücktreten. §§ 12 und 13, I, 5. L.-R. Minderjährige, die bereits mündig sind, stehen in Ansehung der Handlungsfähigkeit, namentlich in Betreff der Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen im Allgemeinen gleich. Doch haben sie vor denselben unter Anderem Folgendes voraus:

1) sie besitzen Testamentsfähigkeit. § 16, I, 12. L.-R.;

2) sie können in Prozessen als Beweiszeugen abgehört werden. § 230, Nr. 13, I, 10. A. G.-O.;

3) sie können wählen, zu welcher Religionspartei sie sich bekennen wollen. § 84, II, 2. L.-R.

4) Mündige des weiblichen Geschlechts sind zur Eingehung einer Ehe fähig. § 37, II, 1. L.-R.

Uebrigens spielt auch das vollendete 18. Lebensjahr im preuß. Rechte eine bedeutende Rolle; denn es knüpft sich daran:

1) die Eidesmündigkeit, d. h. die Fähigkeit, einen zugeschobenen Eid selbst abzuleisten. §§ 262 und 263, I, 10. A. G.-O.

2) Die Fähigkeit, auch auf andere Weise als zu gerichtlichem Protokoll zu testiren; §§ 16 und 17, I, 12. L.-R.

3) Das Recht des Pupillen, in allen Fällen, wo eine Veräußerung seiner unbeweglichen Güter des bloßen Nutzens wegen erfolgen soll, Widerspruch zu erheben. §§ 560 und 561, II, 18. L.-R.

4) Die Befugniß der Zwitter, das Geschlecht selbst zu wählen, zu welchem sie sich halten wollen. § 20, I, 1. L.-R.

5) Die Möglichkeit für Männer, eine Ehe einzugehen. § 37, II, 1. L.-R.

6) Die Möglichkeit für Frauenspersonen, eine Majorennitätserklärung zu erlangen. § 719, II, 18. L.-R.

Senectus, Greisenalter, ist eben so wenig im röm. und gem., wie im preuß. Recht ein festbestimmter Begriff.[2]) Gewöhnlich läßt man dasselbe im röm. und gem. Rechte mit dem vollendeten 70. Lebensjahre beginnen; doch befreit nach l. 3. C. 10, 49 schon das zurückgelegte 55. Jahr von Vormundschaften

---

[1]) Die Fälle, in denen minderjährige infantia majores auch ohne Beitritt des Vormundes Verträge gültig schließen können, siehe in den §§ 20 und 21, I, 5. L.-R.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 178. Puchta Pandecten § 23.

Digitized by Google

und öffentlichen Aemtern. Im preuß. Rechte bewirkt erst das vollendete 60. Lebensjahr diese Befreiung. § 208, II, 18. L.-R. Die Fähigkeit zu arrogiren fängt im röm. und gem. Rechte mit dem zurückgelegten 60. Lebensjahre (l. 15, § 2, D. 1, 7),[1] im preuß. Recht schon mit dem zurückgelegten 50. Lebensjahre an. § 668, II, 2. L.-R.

3) Geistige und körperliche Zustände.

A. In Beziehung auf geistige Zustände unterscheidet das röm. und gem. Recht a. Wahnsinnige. Wenn ihr Krankheitszustand von heftigen Ausbrüchen begleitet ist, werden sie furiosi (Rasende) genannt; finden dergleichen heftige Ausbrüche nicht statt, so heißen sie dementes (Blödsinnige). l. 25, C. 5, 4; l. 8 § 1 D. 26, 5. Beide Ausdrücke werden übrigens in den Quellen sehr häufig als ganz gleichbedeutend zur Bezeichnung der Vernunftlosigkeit überhaupt gebraucht; auch ist die juristische Beurtheilung beider Zustände völlig dieselbe (cf. z. B. l. 25, C. 5, 4). Furiosi wie dementes sind durchaus handlungsunfähig. l. 5 und l. 40, D. 50, 17. Sie werden auch nicht einmal aus unerlaubten Handlungen verpflichtet. l. 5, § 2, D. 9, 2. Wo jedoch der Zustand der Vernunftlosigkeit abwechselnd mit lichten Zwischenräumen vorkommt, ist jede in diesen dilucidis intervallis vorgenommene Handlung ebenso wirksam, wie die eines völlig Vernünftigen. l. 6, C. 5, 70; l. 9, C. 6, 22; l. 2, C. 4, 38.

Wenn aber einmal entschieden ist, daß Jemand verrückt sei, so wird vermuthet, daß er es immer sei, die lichten Zwischenräume müssen also bewiesen werden.[2] b. Stulti (fatui, insani, Geistesschwache). Sie sind keineswegs handlungsunfähig; nur wenn die Geistesschwäche einen hohen Grad erreicht, werden sie — gewöhnlich erst auf Antrag der Verwandten — unter Curatel gestellt. § 4, J. 1, 23; l. 2, D. 27, 10; l. 2, D. 3, 1.[3] c. Rustici (qui simplicitate gaudent), Personen, denen es an geistiger Bildung und rechtlicher Einsicht mangelt. Ihr Zustand giebt ihnen zuweilen einen Anspruch auf Nachsicht (cf. pag. 31).

Das preußische Recht unterscheidet a. Rasende und Wahnsinnige, d. h. solche, die des Gebrauchs ihrer Vernunft — wenn auch nur zeitweise — gänzlich beraubt sind. § 27, I, 1. L.-R. Sie sind wie im röm. Recht völlig handlungsun-

[1] v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 245.
[2] v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 248.
[3] v. Holzschuher a. a. O. Unter mente capti werden bald Wahnsinnige, bald Geistesschwache verstanden.

Digitized by Google

fähig, denn sie werden Kindern (unter 7 Jahren) gleichgeachtet. § 29, I, 1; § 23, I, 4. L.-R. Derselbe Unterschied aber, welcher zwischen dem röm. und preuß. Recht in Ansehung der civilrechtlichen Folgen der von infantes begangenen Delicte besteht (cf. pag. 93 u. 95 dieses Buchs), findet sich auch bei den Rasenden und Wahnsinnigen wieder; sie werden aus Delicten nur nach preuß. Recht in gewisser Weise zum Schadenersatz verpflichtet. §§ 41—44, I, 6. L.-R. Ferner weicht das preuß. Recht von dem röm. insofern ab, als nach Ersterem, sobald Rasende und Wahnsinnige unter Vormundschaft gesetzt sind, auf lichte Zwischenräume nicht mehr gerücksichtigt wird, d. h. die nach Einleitung der Vormundschaft in dilucidis intervallis vorgenommenen (erlaubten) Handlungen haben keine juristische Wirksamkeit. § 25, I, 4 und § 21, I, 12. L.-R. So lange jedoch über dergleichen Geisteskranke noch keine Vormundschaft eingeleitet ist, sind sie auch nach preuß. Recht in lichten Zwischenräumen völlig handlungsfähig, ja es wird sogar vermuthet, daß die Handlung in einem lichten Zwischenraume vorgenommen worden sei. § 24, I, 4; § 20 und 147, I, 12. L.-R. § 227, Nr. 1, I, 10. A. G.-O. Diese Vermuthung bleibt indeß in dem einen Falle ausgeschlossen, wenn Rasende oder Wahnsinnige innerhalb eines Jahres vor angeordneter Vormundschaft eine außergerichtliche oder privilegirte letztwillige Verordnung errichtet und darin eine Person mit einem ihr nach den Gesetzen nicht zukommenden Vortheil bedacht haben. § 22, I, 12. L.-R. b. Blödsinnige, d. h. solche, denen das Vermögen, die Folgen ihrer Handlungen zu überlegen, mangelt. § 28, I, 1. L.-R. Diese werden nur in Ansehung ihrer unerlaubten Handlungen den Kindern, in Ansehung ihrer erlaubten Handlungen jedoch (abweichend vom röm. Recht) den Unmündigen, die nicht mehr Kinder sind, gleich geachtet. § 41, I, 6; § 29, I, 1; § 26, I, 4. L.-R. Von lichten Zwischenräumen kann bei ihnen natürlich keine Rede sein. Sind sie auch noch nicht unter Vormundschaft gestellt, so gilt doch die Vermuthung, daß derjenige betrügerisch gehandelt habe, der durch die Willenserklärung derselben mit ihrem Schaden sich zu bereichern sucht. § 27, I, 4. L.-R. c. Einfältige, d. h. geschäftsunkundige Personen der niederen Volksklassen. Mit diesen soll sehr umständlich und vorsichtig vor Gericht verhandelt werden. §§ 64 und 65, I, 25. A. G.-O.

Zu den Geisteskranken werden nach röm. und gem., sowie nach preuß. Rechte auch

die Verschwender (prodigi)

gerechnet. In den römischen Rechtsquellen dient zu ihrer Bezeichnung meistens der Ausdruck: is, cui bonis interdictum est.

Digitized by Google

— Das röm. Recht bezeichnet als Verschwender denjenigen, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit. l. 1, pr. D. 37, 10. Aehnlich sagt das preuß. L.-R.: „Verschwender sind, welche durch unbesonnene und leichtsinnige Ausgaben oder durch muthwillige Vernachlässigung ihr Vermögen beträchtlich vermindern oder sich in Schulden stecken. § 30, I, 1. Obwohl l. 40, D. 50, 17 den Verschwendern die Willensfähigkeit abspricht („Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est"), so darf man doch nach andern Stellen des Corp. juris die Verschwender im röm. und gem. Rechte durchweg den impubes pubertati proximi gleichstellen. Denn sie können sich zwar nicht als Schuldner durch Vertrag verpflichten, wohl aber durch Stipulation eine Forderung erwerben. l. 6, D. 45, 1; l. 9, § 7, D. 12, 1. Ebenso können sie zwar nichts veräußern (l. 10, pr. D. 27, 10) und auch kein Testament machen (l. 18, pr. D. 28, 1); doch werden sie durch ihre unerlaubten Handlungen verpflichtet. [1]) Das preuß. Recht achtet die gerichtlich erklärten Verschwender den Minderjährigen, die bereits mündig sind, gleich (§ 31, I, 1. L.-R.), und giebt ihnen daher auch die Fähigkeit, ein Testament zu machen; doch können sie zum Nachtheile ihrer gesetzlichen Erben nur über die Hälfte ihres Nachlasses gültig verordnen. § 27, I, 12. L.-R. Die Einschränkung der Handlungsfähigkeit eines Verschwenders nimmt im preuß. Recht mit der Mittagsstunde desjenigen Tages ihren Anfang, an welchem das Blatt der öffentlichen Anzeigen, dem die gerichtliche Bekanntmachung zuerst einverleibt ist, ausgegeben worden. Doch kann derjenige, welcher weiß, daß ein Mensch wegen Verschwendung bereits gerichtlich angeklagt sei, aus einem mit demselben auch noch vor der öffentlichen Bekanntmachung geschlossenen Vertrage kein Recht erlangen. § 15 und 16, I, 5. L.-R. Ferner können die Verwandten eines Verschwenders ihn schon vor der gerichtlich nachgesuchten Prodigalitätserklärung dadurch, daß sie ihn notariell verwarnen lassen, in der Befugniß zu testiren, einschränken. § 33, I, 12. L.-R. Die Einschränkung der Handlungsfähigkeit des Verschwenders dauert bis zur Mittagsstunde desjenigen Tages, an welchem die Wiederaufhebung der Vormundschaft verfügt wird. § 17, I, 5. L.-R.

B. In Beziehung auf körperliche Zustände unterscheidet das röm. und gem. Recht: a. vitio laborantes, die mit einem Defect Behafteten und b. morbo laborantes, die an einer allgemeinen Störung der Lebensfunction Leidenden. cf. l. 101,

[1]) v. Savigny System Bd. III. p. 88 sq.

Digitized by Google

§ 2, D. 50, 16. Morbi sontici, d. h. solche krankhafte Zustände, welche zu allen Geschäften unfähig machen (l. 113, D. 50, 16), gereichen in einzelnen Fällen wegen rechtlicher Versäumniß zur Entschuldigung, befreien von manchen Belästigungen und können auch Veranlassung zur Anordnung einer Curatel werden. [1]) Auch für die mit einem vitium Behafteten gelten im röm. und gem. Recht manche jura singularia. [2]) Zu den vitio laborantes gehören unter Andern die spadones (Zeugungsunfähigen), unter welchen wieder die castrati (die durch absichtliche Verstümmelung zeugungsunfähig gewordenen) hervorzuheben sind.

Im preuß. Recht machen gewisse vilia (Mangel des Gehörs, der Sprache oder des Gesichts) entweder eine Bevormundung oder doch wenigstens die Zuordnung eines Beistands für gerichtliche Verhandlungen nothwendig. §§ 15—18, II, 18. L.-R. §§ 4—8, II, 3. A. G.-O. Sind die mit einem solchen vitium behafteten Personen bevormundet, so stehen sie in Beziehung auf die Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Blödsinnigen gleich. §§ 24 und 25, I, 5. L.-R.

4) Manche Strafen.

Im neueren preuß. Rechte ist an die Zuchthausstrafe die Unfähigkeit zur Verwaltung des Vermögens und zu Verfügungen über dasselbe unter Lebenden verknüpft. Die zur Zuchthausstrafe Verurtheilten werden nach den Formen, die zur Ernennung der Vormünder vorgeschrieben sind, unter Vormundschaft gestellt. § 11 des Strafges.-Buchs. Der wegen Hoch- oder Landesverraths zum Tode oder zu lebenslänglichem Zuchthaus rechtskräftig Verurtheilte verliert die Fähigkeit über sein Vermögen unter Lebenden und von Todeswegen zu verfügen § 73. a. a. O.

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 180.

[2]) Vergl. hierüber Holzschuher Theorie Bd. I. p. 249 und Mühlenbruch Pandecten Th. I. p. 180.

Digitized by Google

Aufhebung der Rechtsfähigkeit.

Dieselbe erfolgt

I. durch natürlichen Tod; doch wird der Act des Sterbens selbst noch zum Leben gerechnet. Dies geht für das röm. und gem. Recht aus l. 18, § 1, D. 40, 4 und für das preuß. Recht aus §§ 833 und 835, II, 20. L.-R. hervor.

A. Beweis des Todes.

Regel ist: der Tod eines Menschen muß von dem, der ihn behauptet, bewiesen werden. Nov. 117 c. 11; [1]) § 34, I, 1. L.-R. Dem röm. Rechte sind Ausnahmen hiervon nicht bekannt; im gem. Recht hat sich jedoch auf dem Wege der Gewohnheit der Grundsatz gebildet: der Tod eines Verschollenen wird vermuthet, wenn seit der erweislichen Geburt desselben 70 Jahre verflossen sind. Zu dieser Vermuthung hat die Stelle des 90. Psalmen (V. 10) „Unser Leben währet 70 Jahre" Veranlassung gegeben. War der Verschollene schon 70 Jahr alt zur Zeit seiner Entfernung, so pflegt man 5 Jahre nach der Entfernung den Tod anzunehmen, und wenn Jemand erst im 80. Lebensjahre verschollen ist, 2½ Jahr nach der Entfernung. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Tod eines Abwesenden mit dem Ablaufe der 70 Jahre oder erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Erkenntnisses, in welchem die Todeserklärung ausgesprochen wird, anzunehmen oder auf die Zeit, da über das Vermögen des Abwesenden ein Curator bestellt worden ist oder gar auf den Augenblick der Entfernung zurückzusetzen sei, ist, der richtigen Ansicht zufolge, dahin zu entscheiden, daß lediglich der Moment des Ablaufs der 70 Jahre für den Todestag gelten muß [2]).

Das preuß. Recht, in welchem sich, wie wir sogleich sehen werden, jene gemeinrechtliche Vermuthung zwei Mal (§ 38, I, 1 und § 830, II, 18. L.-R.) wiederfindet, ist sehr reichhaltig an Vorschriften, welche auf Beseitigung der Schwierigkeiten abzielen, die der Beweis des Todes unter Umständen haben kann. Es gilt in dieser Beziehung Folgendes:

1) Kommt es blos darauf an, ob ein Verschollener einen gewissen Erb- oder anderen Anfall erlebt habe, so wird ohne Weiteres angenommen, daß er nur 70 Jahr alt geworden sei. § 38, I, 1. L.-R. Dagegen genügt eine solche Vermuthung für sich allein nicht, wenn über bereits erworbene Sachen und Rechte

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 239 Nr. 7.

[2]) Die Gründe siehe in v. Savigny System Bd. II p. sq. Vergl. auch v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 241 Nr. 9.

Digitized by Google

desselben als eines Verstorbenen verfügt werden soll § 34, I, 1. L.-R.

2) Ist Jemand aus dem Kriege nicht zurückgekehrt, so wird er für todt angenommen, wenn nachgewiesen wird, daß der Verschollene im Kriege eine schwere Wunde erhalten hat und nach einem Jahre seit dem geschlossenen Frieden noch keine Nachricht von seinem Leben und Aufenthalte eingegangen ist. § 35, I, 1. L.-R.; § 4 Anh. z. L.-R. Ob es in diesem Falle eines förmlichen Verfahrens bedürfe, ist zweifelhaft. Die Fassung des Anhangs, § 4, spricht mehr für die Verneinung. In Betreff der aus den Kriegen von 1806—1815 nicht zurückgekommenen Personen existiren besondere Vorschriften. Jene Personen werden ohne Edictalcitation durch Erkenntniß für todt erklärt, wenn durch Attest der Ortsobrigkeit, event. durch andere Beweisführung nachgewiesen wird, daß sie in irgend einem Verhältnisse an dem Kriege Theil genommen haben wenn der Extrahent beschwört, daß seit der Gefangennehmung und dem Verschwinden von ihrem Leben keine Nachricht eingegangen sei. Der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses gilt für den Todestag des Verschollenen. Ges. v. 2. August 1828 (G.-S. p. 93). Der Tod aller derjenigen Personen, welche den Feldzug in Rußland vom Jahre 1812 mitgemacht haben, kann durch die Meyer'schen Listen allein vollständig oder auch durch einen völlig glaubwürdigen Augenzeugen und einen Eid, welchen der bei dem Tode am nächsten Interessirte dahin abgeleistet hat, daß er von dem Abwesenden und dessen Leben und Aufenthalte seit dessen Verschwinden oder wenigstens seit dem 20. Novemb. 1815 keine Nachricht erhalten habe, bewiesen werden. Das Gericht fertigt alsdann einen Todtenschein aus. Ges. v. 22. Mai 1822. (G.-S. p. 148.)

3) Ist Jemand von einer unternommenen Seereise nicht zurückgekehrt, so spricht das Gericht die Todeserklärung ohne öffentliche Vorladung des Verschollenen aus, wenn nachgewiesen wird, daß das Schiff, auf welchem er sich befunden, untergegangen und daß 1 Jahr nachher verflossen ist, ohne daß von seinem Leben und Aufenthalte etwas verlautet hat. Diese Thatsachen müssen jedoch vorschriftsmäßig bewiesen sein. Nur der Untergang der Schiffes wird schon dann als erwiesen angenommen, wenn dasselbe an seinem Bestimmungsorte nicht eingetroffen oder nicht zurückgekehrt ist und seit dem Zeitpunkte, an welchem dasselbe zuletzt in See gegangen, oder in See gesehen worden, bei Fahrten in der Ostsee 1 Jahr, bei Fahrten auf anderen europäischen Meeren 2 Jahre, und bei Fahrten auf außereuropäischen Meeren 3 Jahre verflossen sind, ohne daß von dem Schiffe weitere Nachrichten eingetroffen sind. Der Extahent der Todeserklärung muß eidlich bekräftigen, daß er von dem Leben und Aufenthalt des

Digitized by Google

Verschollenen keine anderen als die angezeigten Nachrichten erhalten habe. Der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses wird hier ebenfalls als der Todestag des Verschollenen angesehen. Ges. v. 24. Febr. 1851. (G.-S. p. 23.)

4) Auf das ordentliche Todeserklärungsverfahren kann angetragen werden, wenn von dem Leben oder Tode eines Abwesenden seit 10 Jahren keine Nachrichten eingegangen sind. Dieser zehnjährige Zeitraum ist von dem Tage, wo die letzte Nachricht eingegangen oder wenn gar keine Nachricht eingetroffen, von der Zeit an, wo der Verschollene sich entfernt hat oder vermißt worden ist, zu rechnen. War der Verschollene damals noch minorenn, so wird der zehnjährige Zeitraum erst von dem Tage der erlangten Majorennität an gerechnet. Ist das Alter, in welchem der Abwesende vermißt worden, nicht bekannt, wohl aber eine gegründete Vermuthung, daß er damals noch minderjährig gewesen sei, vorhanden, so muß 15 Jahre gewartet werden. Ist dagegen Jemand in oder nach seinem 65. Lebensjahre erst verschollen, so kann er schon nach Ablauf von 5 Jahren für todt erklärt werden. Wird die Abwesenheit eines Verschollenen erst bei Gelegenheit einer ihm zugefallenen Erbschaft bekannt und kann ein früherer Zeitpunkt, wo derselbe vermißt worden, nicht ausgemittelt werden, so ist der Todestag seines Erblassers dafür anzunehmen. In allen diesen Fällen ergeht Edictalcitation. Doch bedarf es derselben nicht, wenn seit der Verschollenheit oder seit der während ihr eingetretenen Volljährigkeit 40 Jahre verflossen sind. Der Ertrahent hat alsdann blos den vorgeschriebenen Eid über den Mangel der Nachrichten zu leisten. Auch in diesen Fällen gilt der Tag der Rechtskraft des Urtheils für den Todestag. Meldet sich nachher der Verschollene wieder, so kann er das von seinem Vermögen noch Vorhandene zurückfordern, von redlichen Dritten aber nur das, was sie durch bloße Freigebigkeit erhalten haben; meldet er sich erst nach 30 Jahren, so kann er nur nothdürftigen Unterhalt und zwar auch nur so weit, als das noch vorhandene Vermögen hinreicht, verlangen. Auf die Todeserklärung eines Verschollenen anzutragen sind nur seine nächsten Intestaterben, event. der Abwesenheitscurator befugt. §§ 823—855, II, 18. L.-R.; Reser. vom 26. März 1798. (N. C. C. tom. X p. 1613.) Th. I, Tit. 37. A. G.-O.

B) Von s. g. Commorienten. Wenn zwei oder mehrere Personen ihr Leben in einem gemeinsamen Unglücke oder sonst dergestalt zu gleicher Zeit verloren haben, daß nicht ausgemittelt werden kann, welcher zuerst verstorben sei,[1]) so wird nach röm., gemein. und preuß. Recht angenommen, daß Keiner den Andern

[1]) Dergleichen Personen werden Commorienten genannt.

Digitized by Google

überlebt habe, daß sie vielmehr in einem und demselben Augenblicke gestorben seien. l. 16, 17, 18, D. 34, 5; § 39, I, 1. L.-R. Von dieser Regel kennt jedoch das röm. und gemein. Recht folgende Ausnahme:

War ein Kind, welches mit seinem Vater oder mit seiner Mutter eines gemeinschaftlichen gewaltsamen Todes gestorben ist, noch unmündig, so wird vermuthet, daß es früher als der Vater resp. die Mutter gestorben sei; war es aber schon mündig, so gilt die Vermuthung, daß es später als Vater oder Mutter umgekommen sei. l. 9, § 1 u. 4, D. 34, 5; l. 22 u. 23 eod.; l. 26, pr. D. 23, 4[1]). Diese Ausnahme ist aber wiederum durch zwei speciellere Ausnahmen beschränkt: a. Wenn ein Freigelassener gemeinschaftlich mit seinem Sohne umkommt, so wird gleichzeitiger Tod vermuthet. Der Grund liegt in einer Begünstigung des Patrons, dessen Erbansprüche durch den erweislich überlebenden Sohn beschränkt werden würden. l. 6, § 2, D. 34, 5 und b. Ganz dasselbe ist vorgeschrieben für den Fall, da ein Testator seinem Erben ein Fideicommiß auferlegt unter der Bedingung „si sine liberis decesserit." Wenn dieser Erbe mit seinem einzigen Sohne durch Schiffbruch umkommt, so wird stets gleichzeitiger Tod vermuthet, und das Fideicommiß muß, da der Sohn den Vater nicht überlebt hat, Letzterer also ohne überlebende Kinder gestorben ist, schlechthin ausgezahlt werden. l. 17, § 7, D. 36, 1.

Außerdem giebt es im röm. und gem. Recht Fälle, wo ein gewisser Erfolg, der an das Ueberleben Jemandes geknüpft ist, dennoch eintritt, wenn auch das Vorabsterben des Einen oder des Andern nicht ausgemittelt werden kann. So bleibt z. B. eine Schenkung, deren Unwiderruflichkeit von dem Ueberleben des Beschenkten abhängt, dennoch bestehen, wenn auch das Ueberleben auf Seiten des Beschenkten nicht erwiesen werden kann[2]).

C. Zur Beantwortung der Frage, wie lange Jemand noch leben werde, wenn es darauf ankommt, Rechte oder Einkünfte, welche Jemanden nur lebenslang zustehen, im Voraus zu veranschlagen, enthält l. 68 pr. D. 35, 2. eine von Ulpian mitgetheilte Mortalitätstabelle. Eine für den Nießbrauch giebt auch Aemilius Macer ebendaselbst an. Diese ist jedoch in praxi nicht

---

[1]) Manche Rechtslehrer, namentlich Mühlenbruch (Archiv Bd. IV Nr. 27), nehmen an, daß die Vermuthung, der Unmündige sei vor dem Mündigen gestorben, auch außer dem Falle des gewaltsamen, durch gemeinschaftliches Unglück herbeigeführten Todes, und selbst dann Platz greife, wenn der Unmündige nicht das Kind des Mündigen war. Vergl. hierüber v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 242 ad c. Vangerow Pandecten I. p. 58.

[2]) Noch mehr dergleichen Fälle siehe bei v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 243 Nr. 11.

Digitized by Google

recipirt [1]). Im preußischen Rechte wird nur gelegentlich auf die bei der nächsten inländischen Wittwen-Verpflegungs-, Leibrenten- oder Tontinenanstalt angenommenen Grundsätze verwiesen. § 348, I, 12. L.-R.

II. Durch den s. g. bürgerlichen Tod, doch nur im röm. Recht, wo man darunter die capitis deminutio maxima und media versteht [2]). Das heutige gem. wie das preuß. Recht kennt den bürgerlichen Tod nicht, man müßte denn als solchen die Folgen ansehen, welche der Eintritt in ein Kloster nach sich zieht. cf. §§ 1199 sq. II, 11. L.-R. § 270, II, 2, ist die einzige Stelle, wo im L.-R. jener Kunstausdruck überhaupt vorkommt. Art 10 der Verfass.-Urk. v. 31. Januar 1850 verordnet: „Der bürgerliche Tod findet nicht statt."

Von der Verwandtschaft und Schwägerschaft.

A. Verwandtschaft ist das durch Zeugung oder ein dieser gleichgeachtetes Ereigniß zwischen bestimmten Personen begründete Verhältniß. Man unterscheidet:

1) eine natürliche Verwandtschaft (cognatio im weiteren Sinne, im preuß. Recht „Blutsverwandtschaft" genannt), welche auf der Erzeugung und der dadurch entstandenen Gemeinschaft des Bluts beruht. l. 195, § 4, D. 50, 16; § 42, I, 1. L.-R. Diese ist wieder entweder eine legitime d. h. durch Erzeugung aus rechter Ehe begründete, oder eine illegitime. Die nicht aus rechter Ehe erzeugten Kinder heißen im röm. Recht naturales; vorzugsweise aber werden die aus einem Concubinat erzeugten mit diesem Namen bezeichnet, während die übrigen spurii oder vulgo quaesiti genannt werden. Unter den ex damnato coitu natis versteht man die s. g. adulterini, die durch Ehebruch, und incestuosi, die durch Blutschande erzeugt sind. Ferner ist die cognatio entweder eine Verwandschaft in gerader Linie (linea recta) d. i. Verwandtschaft der unmittelbar oder mittelbar von einander abstammenden Personen (der Descendenten und Ascendenten), oder eine Verwandtschaft in der Seitenlinie (linea obliqua s. transversa) d. i. die Verwandschaft

[1]) Derselbe a. a. O. p. 244 Nr. 12.
[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 184. Puchta Pandecten § 115.

Digitized by Google

derjenigen Personen, die, ohne von einander abzustammen, durch unmittelbare oder mittelbare Abstammung von einem ihnen gemeinschaftlichen Erzeuger verbunden sind (Seitenverwandte, Collateralen). Die unmittelbar von demselben Erzeuger Abstammenden (die Geschwister) zerfallen in vollbürtige (germani) die von demselben Vater und derselben Mutter erzeugten, und in halbbürtige, die wieder entweder consanguinci oder uterini sind, je nachdem sie nur einen gemeinsamen Vater oder eine gemeinsame Mutter haben.

In der röm. Gesetzessprache bezeichnet häufig der Ausdruck „parentes" Ascendenten überhaupt und ebenso der Ausdruck „liberi" Descendenten ohne Unterschied des Grades, mithin auch Enkel. l. 51 u. 220, § 3, D. 50, 16; l. 4, § 2, D. 2, 4; l. 10, § 9, D. 2, 4. Desgleichen werden in der Sprache des preuß. L.-R., wenn von den Familienverhältnissen die Rede ist, unter „Eltern" und „Kindern" die Verwandten in auf- oder absteigender Linie ohne Unterschied des Grades verstanden. So lange jedoch Eltern oder Kinder des ersten Grades leben, werden in der Regel unter jenen Benennungen die Großeltern und Enkel nicht mitbegriffen. §§ 40 u. 41, I, 1. L.-R.

Unter respectus parentelae versteht man dasjenige Verhältniß, in welchem zwei Personen zu einander stehen, von denen die eine unmittelbar, die andere nur mittelbar von dem ihnen gemeinsamen Erzeuger abstammt. Dies Verhältniß kommt im röm. und gem. Recht nur als Ehehinderniß zur Sprache § 5. J. 1, 10 u. l. 39 pr. D. 32, 2; im preuß. Recht hat es auch noch andere Wirkungen: § 8, II, 1, § 391, II, 18. L.-R. (Vergl. auch §§ 68 u. 875, II, 20. L.-R.).

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden bestimmt, und zwar gilt im röm. wie im preuß. Recht der Grundsatz: tot sunt gradus, quot sunt generationes, d. h. der Grad, in welchem 2 Personen mit einander verwandt sind, wird durch die Zahl der die Verwandtschaft vermittelnden Zeugungen bestimmt und zwar so, daß bei der Seitenverwandtschaft die Zeugungen beider Linien zusammengerechnet werden. l. 1, D. 38, 10; § 45, I, 1. L.-R.[1]) Das canonische Recht zählt jedoch bei der Seitenverwandtschaft nur die Zeugungen der einen Seite nnd zwar, wenn beide Seiten nicht gleich lang sind, die Zeugungen der längsten Seite. c. ult. X. de cons. et affin. (4, 14.) Es gilt daher im canon. Rechte die Regel: duo gradus legales unum gradum canonicum constituunt, ferner: quoto gradu in linea transversa inaequali remotior distat a communi sti-

[1]) Unrichtiger Weise werden im § 147, I, 18 und § 644, II, 1. L.-R. Geschwister als Seitenverwandte des ersten Grades bezeichnet.

Digitized by Google

pite, eodem gradu distat ab eo, qui communi parenti gradu proximior est.[1]) Das gem. Recht hat in der Lehre von der Erbfolge die römische, bei Eheverboten aber die canonische Berechnungsart der Verwandschaftsgrade angenommen.[1])

2) Eine juristische, d. i. auf einer rechtlichen Thatsache beruhende Verwandtschaft. Eine solche ist a. die civilis cognatio oder agnatio des röm. Rechts. Sie hat ihren Grund in der väterlichen Gewalt und kann sowohl unter wirklichen Cognaten (Blutsverwandten) als auch unter solchen Personen bestehen, die gar nicht natürlich verwandt sind. Unter Agnaten versteht mau nämlich im röm. Recht diejenigen (männlichen oder weiblichen) Personen, welche derselben väterlichen Gewalt unterworfen sind oder unterworfen sein würden, falls der Urheber der Familie noch lebte (cf. l. 195, § 2 in fin. D. 50, 16), und setzt sie gegenüber den Cognaten im engeren Sinne, d. h. denjenigen Blutsverwandten, welche nicht zugleich Agnaten sind. Im röm. Erbrecht versteht man jedoch unter „Agnaten" nur die agnatischen Seitenverwandten, weil die nächsten Agnaten (liberi) schon unter einer besondern Bezeichnung stehen: proximiores ex agnatis „sui" dicuntur. l. 10 § 3, D. 38, 10. Da nur diejenigen Blutsverwandten, welche mit dem Urheber der Familie durch Männer verwandt waren, unter der patria potestas desselben standen oder gestanden haben würden, so definiren die Quellen des röm. Rechts Agnaten und Cognaten auch dahin: per patrem cognati ex eadem familia sunt agnati; qui autem per feminas conjunguntur, cognati tantum nominantur. l. 10 § 2, D. 38, 10. — Nur die (durch Adoption entstandene) agnatio zwischen Personen, die gar nicht natürlich mit einander verwandt sind, hat noch für das gem. Recht Bedeutung.[2]) — b. die cognatio spiritualis des can. Rechts, welche sich auch im justinianischen Rechte angedeutet findet. l. 26, C. 5, 4. Sie wird durch Mitwirkung bei der Taufe und Firmelung begründet und erzeugt nur Ehehindernisse.[3])

Das preuß. Recht kennt nur Eine Art der juristischen Verwandtschaft, nämlich die durch Adoption entstandene, welche aber keineswegs alle jene Wirkungen hat, die ihr das röm. Recht beilegt, denn die Adoption begründet nach §§ 707—710, II, 2. L.-R. nur Verwandtschaft zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, sowie den nachher erzeugten Abkömmlingen des Letzteren.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 256 und 464 ad Nr. 13.
[2]) Puchta Vorles. Bd. I. p. 90.
[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 467, Nr. 21.

Digitized by Google

Unter Agnaten werden im preuß. Lehnrechte männliche[1]) Seitenverwandte verstanden, die durch eine ununterbrochene Reihe männlicher ehelicher Nachkommen von einem gemeinsamen Stammvater abstammen. § 15, I, 18. L.-R.

B. Schwägerschaft (adfinitas) ist das Verhältniß, in welchem die Blutsverwandten (Cognaten) des einen Ehegatten zu dem andern Ehegatten stehen.[2]) § 43, I, 1. L.-R. Unter Stiefverbindung versteht das preuß. L.-R. (§ 44, I. 1) die Schwägerschaft zwischen dem einen Ehegatten und den aus einer sonstigen Ehe erzeugten Kindern des Andern. Man pflegt auch die Nähe der Schwägerschaft nach Graden zu bestimmen, indem man sagt: ich bin mit dem einen Ehegatten in dem nämlichen Grade verschwägert, in welchem ich mit dem andern Ehegatten verwandt bin.[3]) Eigentlich aber hat die Schwägerschaft keine Grade (cf. I. 4, § 5, D. 38, 10).

Zum zweiten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.[4])

Von den Sachen.

1) Begriff von Sachen.

Im römischen Recht umfaßt der Ausdruck: res im reinen Gegensatz zur Person Alles, was Gegenstand und nicht Subject rechtlicher Verhältnisse ist; l. 5 pr. und l. 23, D. 50, 16. Gewöhnlich werden jedoch unter „res" nur dergleichen körperliche Dinge verstanden.[5]) Das preußische L.-R. stellt zwei verschiedene Begriffe auf: Sache im weiteren Sinne heißt „alles, was Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann;"

---

[1]) Im röm. Recht konnten, wie gesagt, auch weibliche Seitenverwandte Agnaten sein.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 257.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 258, Nr. 19. Vergl. auch § 5, II, 1. A. L.-R.

[4]) Dieser Titel handelt „von den Sachen und deren Rechten." Denselben Gegenstand behandelt Inst. Lib. II. Tit. 1 und Dig. Lib. I. Tit. 8.

[5]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 277. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 212.

Digitized by Google

im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, „was entweder von Natur oder durch Uebereinkunft der Menschen eine Selbstständigkeit erlangt hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann.“ §§ 1 u. 3, I, 2. L.-R. Wahrscheinlich hat man hierbei an die Eintheilung der Sachen in res corporales und incorporales gedacht, so daß der weitere Begriff auch die incorporales umfassen soll.[1]) Unter res corporales versteht man nämlich im röm. Recht die durch die äußern Sinne wahrnehmbaren Dinge (res quae tangi possunt; § 1, Inst. II, 2; nach Cicero Top. c. 5: „res quae sunt“) und unter res incorporales die nicht in die Sinne fallenden, bloß in der Idee bestehenden (res quae in jure consistunt; § 2, Inst. II, 2; nach Cicero a. a. O. „res quae intelliguntur“), z. B. usus, ususfructus, obligationes etc. —

2) Anderweite Eintheilung der Sachen.

A. Res in commercio und extra commercium.

Das röm. Recht unterscheidet zwischen res in commercio und res extra commercium. Unter Letzteren versteht es solche, welche der rechtlichen Unterwerfung unter den Willen der Privatpersonen und somit auch dem Verkehre entzogen sind. Dahin gehören a. die res divini juris, b. die res communes omnium, c. die res publicae, d. die res universitatis und e. die res nullius.

a. Die res divini juris zerfallen wieder in aa. res sacrae, die den obern Gottheiten consecrirten Sachen, welche nicht einmal nach Gelde geschätzt, viel weniger veräußert oder verpfändet werden können. l. 9 § 5, D. 1,8. bb. res religiosae, die von den Manen Verstorbener bewohnten Oerter, also Begräbnißplätze und cc. res sanctae, befriedete, d. i. unter dem besondern Schutz der Gesetze stehende und für unverletzlich erklärte Sachen. Nach canonischem Rechte sind res sacrae solche, welche unmittelbar zum Gottesdienst dienen und wenigstens nach katholischen Religionsbegriffen durch Consecration eine innere Heiligkeit erlangen, z. B. Kirchen, Altäre ꝛc.; res ecclesiasticae solche, welche nur mittelbar zur Erreichung der Zwecke des Cultus gereichen, wie Kirchengüter, Zehnten ꝛc.; res religiosae Alles, was zu frommen Zwecken bestimmt ist.[2])

b. Unter res communes omnium werden solche Sachen

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 81.
[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 277.

Digitized by Google

verstanden, welche zwar von Jedermann genützt und gebraucht, auch wohl nach einzelnen Theilen, aber nie ausschließlich im Ganzen erworben werden können, z. B. die Luft, das fließende Wasser, das Meer und die Meeresufer, soweit Letztere zur Winterzeit von den Wogen bespült werden. § 1 u. 3, J. 2, 1. Doch gehört die Luftsäule, welche über einem Grundstück steht, dem Eigenthümer des Letztern dergestalt zu, daß kein Andrer einen Theil seines Gebäudes hineinragen lassen darf.[1])

c. Unter res publicae werden solche Sachen verstanden, welche sich im Eigenthume des Staates befinden und entweder patrimonium s. pecunia populi sind, d. h. zum ausschließlichen Gebrauche des Staatsbedürfnisses dienen, oder sich in usu publico befinden, d. h. von jedem rechtsfähigen Subject benutzt werden können.[2]) Mit den in usu publico befindlichen res publicae ist jedoch das Privateigenthum, welches in usu publico ist (cf. z. B. l. 5, pr. D. 1, 8.), nicht zu verwechseln. Zu den res publicae gehören namentlich: aa. flumina publica. Ihr charakteristisches Kennzeichen ist im röm. Recht einzig und allein die perpetua causa fluendi (l. 1, § 3, D. 43, 12. „publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit;") im gem. Recht die Schiffbarkeit, doch so, daß auch an schiffbaren Flüssen Privatpersonen ausschließende oder den gemeinen Gebrauch hindernde Nutzungsrechte zustehen können.[3]) bb. viae publicae d. h. solche, quarum etiam solum publicum est; l. 2, § 21—23, D. 43, 8.

d. Res universitatis sind die im Eigenthum einer Gemeinheit befindlichen Sachen. Sie zerfallen wieder aa. in res universitatis im engern Sinne, d. h. solche, deren Gebrauch einem Jeden oder doch wenigstens jedem einzelnen Gemeindeglied freisteht, und bb. in das patrimonium universitatis, welches für die Zwecke des Ganzen bestimmt ist.[4])

e. res nullius sind die zur Zeit in Niemandes Eigenthum befindlichen Sachen, welche aber Privateigenthum werden können. In Beziehung auf sie gilt die Regel: res nullius cedit primo occupanti. l. 3 pr. D. 41, 1.

Auch im preußischen Landrecht findet sich eine Eintheilung der Sachen in res in commercio und res extra commercium hin und wieder angedeutet; cf. §§ 14—19, I, 4;

---

[1]) v. Holzschuher a. a. O. Bd. 1. p. 278 Nr. 4. Mühlenbruch Pandecten Th II. 217. Cf. § 123 I, 8. L.-R.

[2]) Mühlenbruch a. a. O.

[3]) Eichhorn Deutsch. Privatrecht § 266. Philipp's Deutsch. Privatrecht Bd. 1. § 93.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 278, D. 6.

Digitized by Google

§§ 58 sq. I, 5; §§ 2—5, I, 8; § 581, I, 9; § 28, I, 11; § 386, I, 12. L.-R., doch gehört es hier keineswegs zum Begriff der Letzteren, daß sie sich nicht im Privateigenthum befinden dürfen. So werden denn auch vom L.-R. solche Sachen, welche in Folge einer Privatbestimmung unveräußerlich sein sollen, zu den dem Verkehre entzogenen Sachen gerechnet. Cf. § 15, I, 4. L.-R. Ferner unterliegt die Veräußerung vieler vom L.-R. den res extra commercium beigezählten Sachen bloß gewissen besonderen Förmlichkeiten und Einschränkungen. Cf. z. B. §§ 180, 181 u. 219, II, 11. L.-R.

a. res divini juris im römisch-rechtlichen Sinne kennt das L.-R. nicht. Kirchen und Kirchengeräthschaften, sowie Begräbnißplätze sind in der Regel Eigenthum der Kirchengesellschaften (§§ 170 sq. 183, II, 11. L.-R.) und gelten als dem Verkehre entzogen nur so lange, als sie ihrer Bestimmung dienen; §§ 173, 179, II, 11. L.-R. K.-O. v. 14. April 1840 (Just.-Min.-Bl. p. 340). Ihre spätere Veräußerung ist daher nicht unmöglich.

b. res communes omnium sind auch nach L.-R. solche Sachen, die ihrer Natur nach nicht Gegenstand des Eigenthums sein können; §§ 3 und 5, I, 8. L.-R. Ihre Benützung steht einem Jeden frei; § 3 h. t. Die Meeresufer werden jedoch nicht zu ihnen gerechnet, sondern zu den res publicae; § 80, II, 15. L.-R. Ob das Meer res communis omnium sei, ist im L.-R. nicht gesagt. Nach dem heutigen Völkerrechte gehört es, soweit es mit Kanonen bestrichen werden kann, dem betreffenden Staate. Ueber das fließende Wasser cf. § 44, II, 15. L.-R.

c. res publicae zerfallen auch nach preuß. Rechte aa. in solche, welche zum Gebrauche Aller bestimmt sind. Dahin gehören Land- und Heerstraßen, d. s. Wege, die von einer Grenze des Landes zu einer andern, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte entweder zu einem andern oder zu Meeren und Hauptströmen führen (§ 1, II, 15. L.-R.);[1]) ferner öffentliche Flüsse, d. s. solche, welche von Natur schiffbar sind (§ 38, II, 15. L.-R.); bb. in solche, welche im ausschließlichen Gebrauche des Staates sind. Dahin gehören Domainen, Staatsgebäude, Staatsforsten ꝛc. Sie können unter gewissen Modalitäten auch von Privatpersonen erworben werden.

d. res universitatis sind nach preuß. Recht, sofern sie zum ausschließlichen Gebrauche der Gemeinde oder der Gemeindeglieder dienen, gleich den im ausschließlichen Gebrauche des

[1]) Ein Mittelding zwischen via publica und via privata ist der s. g. Bürgersteig; cf. § 81, I, 8. L.-R.

Digitized by Google

Staates befindlichen res publicae, unter gewissen Einschränkungen veräußerlich. [1])

e. res nullius sind nach preuß. Recht keineswegs allgemein Gegenstand der Occupation; vielmehr sind unter ihnen die unbeweglichen Güter, die erblosen Verlassenschaften, die Mineralien und Fossilien dem Staate ausdrücklich vorbehalten. §§ 1—7, II, 16. L.-R. Die nutzbaren Landthiere, welche § 5 l. c. ebenfalls für Vorbehalt des Staates erklärt, haben aufgehört, ein solcher Vorbehalt zu sein, und zwar in Folge der Aufhebung der Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden durch das Ges. v. 31. Octbr. 1848 (G.-S. p. 343).

B. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Im röm. Rechte gelten als unbeweglich nur der Grund und Boden (solum), sowie diejenigen Dinge, welche wesentlich mit ihm zusammenhängen (res soli, res solo cohaerentes), z. B. Pflanzen, Gebäude (cf. l. 40, D. 19, 1; l. 1, § 4, D. 43, 16), doch eben nur so lange, als die Verbindung mit dem Boden dauert. Nach ihrer Trennung von demselben werden sie daher als bewegliche Sachen angesehen. — Das preuß. L.-R. sagt: unbeweglich sei das, was nicht unbeschadet seiner Substanz transportirt werden könne (§ 6, I, 2). Unter Substanz wird aber diejenige Beschaffenheit verstanden, vermöge welcher eine Sache das ist, was sie vorstellen oder nach ihrer Hauptbestimmung bezwecken soll. (§ 4, I, 2. L.-R.). In gewisser Beziehung werden auch manche bewegliche Sachen vom preuß. Rechte wie unbewegliche behandelt, z. B. Schiffe bei der Verpfändung und beim Verkauf; Verordn. II. v. 4. März 1834, § 1, sowie § 300, I, 20. L.-R., ferner die Inventarienstücke eines Immobiles bei Veräußerungen und Verpfändungen desselben; §§ 10, 48 sq., 105 und 106, I, 2; §§ 445 und 446, I, 20. L.-R. — Im röm. Rechte kommt der Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen namentlich bei der Usucapion und den Interdicten in Betracht; im preuß. Rechte ist derselbe in dieser Beziehung zwar nicht von Einfluß, hat aber in anderer Beziehung sehr wichtige practische Folgen; cf. z. B. § 146, I, 5; § 390, I, 20; § 190, I, 14. L.-R. §§ 28 u. 32. Einl. z. L.-R. § 107, I, 2; § 1, I, 50. A. G.-O.

Das röm. Recht theilt die unbeweglichen Sachen in praedia urbana und praedia rustica. Letztere sind solche, die zur landwirthschaftlichen Benutzung bestimmt sind; alle übrigen heißen urbana; l. 198, D. 50, 16; l. 1 pr. D. 8, 4; l. 59, D. 18, 1;

[1]) Koch Lehrbuch Bd. I. § 85.

Digitized by Google

l. 4, D. 20, 2; Praedium suburbanum bezeichnet ein Grundstück, welches seiner Lage nach städtisch, seinem Zwecke nach ländlich ist (l. 16, C. 51, 71: „quod ab urbanis non loco sed qualitate secernitur").

Das preußische Recht unterscheidet zwischen „Landgütern" und „städtischen Grundstücken" (cf. § 188, I, 14; § 261, I, 21. L.-R.), ferner zwischen „Landgütern", „Häusern" und „anderen nutzbaren Grundstücken", (cf. § 195, I, 7; §§ 144, 151, 170, I, 21. L.-R.) Unter Landgütern werden solche Güter verstanden, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden ist. (§ 400, I, 21. L.-R.) „Bürgergüter" d. h. städtische Grundstücke, mit welchen zugleich Ackerbau und Viehzucht verbunden ist (sie gleichen den römischen praed. suburbanis; ihre Besitzer werden "Ackerbürger" genannt), sind im Allgemeinen den eigentlichen Landgütern gleichgestellt. (cf. §§ 169, 343, I, 21; § 195, I, 7. L.-R.)

Besondere Bezeichnungen des röm. Rechts: fundus, ein als Ganzes für sich behandeltes Grundstück (l. 60 und 115, D. 50, 16), umfaßt auch Gebäude (l. 211, D. h. t.); fundus optimus maximusque, ein Grundstück, das frei von allen Lasten ist (l. 90, 126, 169, D. h. t.); locus, der Theil eines fundus (l. 60, D. h. t.); area, ein freier Platz in der Stadt (l. 211, D. h. t.); ager, ein Platz ohne Gebäude, welcher zum Landbau bestimmt ist (l. 27 pr. l. 115 und l. 211, D. h. t.); aedes, städtisches Gebäude (l. 211, D. h. t.); villa, Gebäude auf Landgütern (l. 211, D. h. t.); superficies, das Gebäude ohne den Boden (D. 43, 18); insula, ein von den Nachbargebäuden durch einen freien Zwischenraum getrenntes Haus (l. 14, D. 8, 2).

Rechte werden nach röm. Recht an sich weder zu den beweglichen noch zu den unbeweglichen Sachen gezählt. Wenn jedoch in Gesetzen oder in Privatverfügungen zwischen beweglichem und unbeweglichem Gute unterschieden wird, diese Eintheilung aber das gesammte Vermögen umfassen soll, so sind in der Regel die dinglichen Rechte auf eine unbewegliche Sache, sowie die mit einer solchen unzertrennlich verknüpften Rechte (z. B. Prädial-Servituten) den unbeweglichen, alle übrigen Rechte aber den beweglichen Sachen beizuzählen.[1]) Vom preuß. Recht werden sie zwar in der Regel ebenfalls den beweglichen Sachen beigezählt (§ 7, I, 2. L.-R.), doch gelten hier folgende Ausnahmen:

[1]) Puchta Pandekten § 36, Note b. Mühlenbruch Pandekten Th. II. § 222. v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 280 und 281, Nr. 14 und 15.

Digitized by Google

a. Rechte, deren Ausübung mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden ist, (also Realservituten und selbstständige dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache, mit denen der Besitz der Sache selbst verknüpft ist, z. B. Nießbrauch, antichretischer Pfandbesitz ꝛc.) sowie

b. diejenigen Rechte, welchen durch besondere Gesetze die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache ausdrücklich beigelegt ist (dies ist geschehen bei Bergkuren, § 253, II, 16. L.-R., und bei solchen Gerechtigkeiten, welche nicht gewissen Grundstücken ankleben, sondern für sich selbst bestehen, einen eignen bestimmten Werth haben und für sich allein veräußert oder verpfändet werden können, §§ 14 u. 15 Tit. 1 der Hyp.-Ord.), sind als unbewegliche Sachen anzusehen; §§ 8 u. 9, I, 2. L.-R.

Die beweglichen Sachen zerfallen in leblose und lebendige (res moventes, se moventes, moventia); l. 93, D. 50, 16. Unter „Moventien" versteht das preuß. L.-R. „nutzbare lebendige Geschöpfe." Die Thiere theilt das röm. Recht in „wilde, zahme und gezähmte" [1]); das preuß. Recht unterscheidet: a. wilde Thiere (§ 70, I, 6; § 30, II, 16. L.-R.), b. von Natur schädliche Thiere, die in den Wirthschaften gewöhnlich nicht gehalten werden (§ 70, I, 6. L.-R.) c. unschädliche Thiere, die in den Haushaltungen aber nicht gebraucht werden (§ 72, I, 6. L.-R.) und d. nutzbare Thiere (§ 17, I, 2. L.-R.).

Besondere Bezeichnungen des röm. Rechts: pecus Vieh, das in Heerden weidet (l. 2 § 2, D. 9, 2; l. 65 § 4, D. 32.); jumentum Lastthier (l. 38 § 4—6, D. 21, 1.); armentum Pflugvieh (l. 1 § 3, D. 6, 1; l. 89 pr. D. 50, 16); supellex, (Hausrath) alles was zum gemeinen Gebrauch des paterfamilias bestimmt ist (l. 6 pr. D. 33, 10.); tignum i. e. omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. (l. 1 § 1, D. 47, 3.); vestimenta (l. 23 § 1, D. 34, 2.); penora (l. 3 pr. D. 33, 9) etc. [2]).

Besondere Bezeichnungen des preuß. Rechts: Mobiliarvermögen, baares Vermögen, Effecten, Möbeln, Geräthschaften, Mobilien, edle Metalle, Gold und Silber, Juwelen, Schmuck und Geschmeide, Putz, Garderobe, Weiszeug und Wäsche, Equipage; §§ 10—30, I, 2. L.-R. Manche dieser Ausdrücke werden jedoch keinneswegs immer in derselben Bedeutung gebraucht, so z. B. das Wort „Effecten" (cf. §§ 447—449, I, 50. A. G.-O. u. § 13, I, 2. L.-R.), u. „Mobilien" (cf. §§ 213, 247—250, 559—569, 649—652, 788,

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 221.
[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 221 und Th. III. § 745.

Digitized by Google

II, 1; §§ 279, 283—285, 345, II, 2; §§ 60, 61, II, 4; §§ 439 sq. II, 18. L.-R.)

C. Res unitae und connexae; res singulae und universitates rerum.

Diese Eintheilung findet sich im röm. Rechte in l. 30, D. 41, 3: „Tria autem genera sunt corporum: unum quod continetur uno spiritu, et graece ἡνωμένον (unitum) vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συμπεπλεγμένον (connexum) vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.“ Hiernach ist a. eine res unita eine solche, deren Theile organisch und b. eine res connexa (auch universitas rerum cohaerentium genannt) eine solche, deren Theile mechanisch mit einander verbunden sind; c. eine res singula (s. singularis) eine solche, welche für sich selbst den Gegenstand eines Rechts ausmacht und d. eine universitas rerum (distantium) eine Mehrzahl besonderer Sachen, welche juristisch unter einem Collectiv-Namen als ein Ganzes behandelt werden.

Das preuß. L.-R. unterscheidet zwischen res unitae und res connexae nicht, wohl aber zwischen res singulares (besondern Sachen) und universitates rerum (Begriffsganzen). §§ 31 u. 32, I, 2. L.-R.

Manche Lehrer des röm. und gem. Rechts theilen die universitates rerum (distantium) wieder ein:

aa. in univ. facti, d. i. solche, welche blos aus körperlichen Sachen bestehen, und

bb. in univ. juris, d. i. solche, welche auch unkörperliche Sachen (Rechte) umfassen.[1])

Wenigstens in Ansehung der Letzteren, zu welchen man im röm. Recht u. A. die hereditas, das peculium und die dos zählt, soll die Regel gelten: „res succedit in locum pretii et

[1]) Gegen diese Eintheilung erklären sich u. A. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 223. Puchta Pandecten § 35. Cf. auch v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 282 u. 283. Allenfalls kann man univ. juris diejenige Mehrheit von Sachen nennen, welche juristisch als ein Ganzes angesehen und behandelt wird, im Gegensatz zu derjenigen Mehrheit, die nur nach der gemeinen Vorstellungsweise ein Ganzes ausmacht und für welche daher der Name univ. facti passend sein würde.

Digitized by Google

pretium in locum rei.“ Diese Regel wird jedoch gegenwärtig von den meisten Rechtslehrern verworfen. Nur in einzelnen Fällen greift sie Platz, so z. B. ist es den unter Vormundschaft stehenden Personen und Soldaten gestattet, wenn sie sonst nicht zum Ersatz kommen können, die mit ihrem Gelde (auf das eigentlich ihre Forderung geht) erkauften Sachen zu vindiziren. l. 2, D. 26, 9; l. 3 C. 5, 51; l. 8, C. 3, 32. Auch die Ehefrau ist die Sachen, welche der Mann mit dem von ihr geschenkt erhaltenen Gelde angekauft hat, bei seiner Insolvenz zu vindiziren befugt. l. 55, D. 24, 1. (controvers). Dagegen ist, wie Puchta überzeugend darthut,[1]) die in l. 22, D. 5, 3. enthaltene Entscheidung keineswegs eine Folge oder Anwendung obiger Regel.

Auch nach preuß. Recht gilt der Satz: res succedit etc. nicht einmal allgemein bei den juristischen Begriffsganzen, geschweige im gesammten Rechtsgebiet. Dies erhellt aus § 37, I, 2. L.-R., noch mehr aber aus § 516, II, 1; ferner aus § 27, I, 11; § 62, I, 14; § 240, II, 1; § 71, II, 14. L.-R. und §§ 296 u. 456, I, 50. A. G.-O. Nur in den Fällen: § 276, I, 50. A. G.-O., § 977, I, 11; § 322, I, 12; § 342, I, 12; §§ 340, 341, I, 18; § 566, I, 18; §§ 460 u. 461, I, 20. L.-R. § 354, I, 50. A. G.-O. tritt die Sache an Stelle des zu ihrem Ankauf verwendeten Geldes resp. der Kaufpreis an Stelle der veräußerten Sache. — Die einzigen juristischen Begriffsganzen, welche Sachen und Rechte umfassen, sind im preuß. Recht die Erbschaft und die Concursmasse. An den Befugnissen und Lasten des Inbegriffs nehmen alle einzelne darunter begriffene und demselben in der Folge zuwachsende oder einverleibte Stücke Theil. § 36, I, 2. L.-R. Diese Theilnahme hört jedoch auf, wenn ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte von dem Ganzen abgesondert worden. § 37 a. a. O.

D. Theilbare und untheilbare Sachen.

Der Ausdruck „Theil“ kann eine doppelte Bedeutung haben: 1) eine objective und 2) eine subjective. In der ersten Bedeutung ist er identisch mit „Bestandtheil“, d. i. einer der körperlichen Theile, aus denen die Sache besteht. In der zweiten Bedeutung bezeichnet er so viel als „Antheil“, d. i. einer der Theile, welche mehreren Personen an der Sache zustehen.[2]) Die Theile der letztern Art können körperliche sein (die Sache gehört Mehreren pro diviso) oder unkörperliche

[1]) Vorles. Bd. 1. Beil. XVI.

[2]) In gleicher Weise lassen sich auch bei einem Rechte Bestandtheile (Befugnisse, aus denen es besteht) und Antheile unterscheiden.

Digitized by Google

(die Sache gehört ihnen pro indiviso). Die partes pro indiviso heißen auch intellectuelle s. iduelle Theile, Quoten, partes incertae. Ihr Umfang ist immer nur im Verhältniß zum Ganzen bestimmt, nicht nach concreten Grenzlinien.

Hiernach unterscheidet man eine reelle und eine ideelle Theilbarkeit;[1]) wo die Erste fehlt, kann doch die Zweite vorhanden sein; absolut untheilbar heißen Sachen, welche weder reell noch ideell theilbar sind. Bestimmte Kriterien für die verschiedenen Arten der Theilbarkeit lassen sich weder nach röm. noch nach preuß. Rechte aufstellen. Das L.-R. sagt nur: „Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegenstehen". (§ 41, I, 2.) Man wird aber annehmen müssen, daß die Natur einer reellen Theilung alsdann entgegensteht, wenn die Theile nach der Trennung dem Ganzen nicht gleichartig sein würden, oder wenn das Ganze durch die Theilung seinen Werth verlieren würde. § 87, I, 17. L.-R. Rechte sind genau genommen immer nur ideell theilbar; uneigentlich jedoch läßt sich bei vielen auch von einer reellen Theilbarkeit sprechen, insofern nämlich ihre Ausübung getheilt werden kann. Es gelten als absolut untheilbar im röm. Rechte a. die Servituten mit Ausnahme des ususfructus (l. 11 und 17, D. 8, 1; l. 1 § 9, D. 35, 2); b. die pignoris obligatio (l. 8 § 2; l. 9 § 3, D. 13, 7), doch nicht in allen Beziehungen (l. 16 § 8, D. 20, 1); c. Forderungsrechte, welche auf einen untheilbaren Gegenstand oder auf eine untheilbare Leistung gerichtet sind (l. 11 § 23, D. 32; l. 2 § 1; l. 72 pr. D. 45, 1) und d. die Statusrechte. In gewisser Beziehung gelten im preuß. Rechte als untheilbar: a. die Grundgerechtigkeiten (§ 4 Nr. 8, I, 5. A. G.-O.; § 573, I, 9. L.-R.); b. das Pfandrecht (§§ 163, 174—179, 467, I, 20. L.-R.); c. Forderungsrechte, deren Gegenstand eine Handlung ist (§ 450 in Verb. mit § 452, I, 5. L.-R.); d. Statusrechte. (Dies folgt schon aus ihrem Begriff.)

Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen theilbaren und untheilbaren Sachen und Rechten tritt besonders hervor in § 575, I, 9; § 452, I, 5; §§ 87 sq. I, 17. L.-R. § 4 Nr. 8, I, 5; § 86, I, 10, A. G.-O.

E. Hauptsachen und Nebensachen.

Hauptsache (res principalis) heißt jede Sache im Gegensatz zu ihren natürlichen oder künstlichen Erweiterungen, res

[1]) Die reelle Theilung hebt die ideelle und somit eigentlich den Begriff eines Theils auf; d. h. nur von den ideellen, nicht auch von den körperlichen Theilen kann man in Wahrheit sagen: sie sind Theile, nicht selbst-

Digitized by Google

accessoriae, Nebensachen genannt. Letztere sind entweder commoda oder incommoda rerum. Zu den commoda rerum, deren Inbegriff in der röm. Rechtssprache causa rei, omnis causa, causa et omnes accessiones genannt wird (l. 20, D. 6, 1; l. 12, D. 4, 2; l. 9 § 7, D. 10, 4; l. 31, D. 12, 1),[1]) gehören:

1) die Früchte (fructus) im weitern Sinne, Erzeugnisse einer Sache. Sie zerfallen a. in fructus naturales (Früchte im engern Sinne), worunter man sowohl im röm und gem. als auch im preuß. Rechte die körperlichen organischen Erzeugungen aus einer Sache versteht; l. 77 u. 121, D. 50, 16; § 220, I, 9. L.-R. u. b. in fructus civiles, worunter diejenigen Nutzungen einer Sache begriffen werden, die nur im rechtlichen Verstande den Grund ihres Daseins in derselben haben, z. B. Zinsen, Pacht- und Miethsgelder; l. 29, D. 5, 3; l. 34, l. 36, l. 38 § 13, D. 22, 1; l. 62 pr. D. 6, 1; l. 88 § 3, D. 35, 2. Das preuß. L.-R. definirt nur die fructus naturales und zählt sie sowie die Zinsen, Pacht- und Miethgelder ꝛc. den „Nutzungen" bei. cf. § 110, I, 2 in Verb. mit § 139, I, 20. L.-R.

Die fructus naturales zerfallen wieder aa. in fructus mere naturales, solche, welche die Natur für sich allein produzirt und bb. in fructus industriales, zu deren Hervorbringung auch menschlicher Fleiß erfordert wird. cf. l. 48, D. 41, 1 und § 220, I, 9. L.-R.[2]) Uebrigens zählt das röm. Recht zu den fructus naturales nur solche natürliche Erzeugnisse der Sache, zu deren Gewinnung die Sache bestimmt ist, daher nicht den partus ancillae (l. 27 pr. D. 5, 3: „quia non temere ancillae ejus rei causa comparantur, ut pariant"; l. 28 § 1, D. 22, 1; § 37, J. 2, 1; er gilt als Accession[3]), ferner nicht die Windbrüche (l. 7 § 12, D. 24, 3; l. 12 pr. D. 7, 1.) In derselben Weise ist auch der Begriff der fructus civiles eingeschränkt (l. 26, D. 22, 1: „Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.")[4]) Ferner setzt das röm. Recht allemal voraus, daß von den Früchten schon die auf ihre Gewinnung verwendeten Kosten abgezogen sind: „hoc enim fructuum nomine continetur, quod justis sumtibus deductis super est l. 1, C. 7, 51. — Die fructus industriales werden vom L.-R. den mere naturales rechtlich gleichgestellt. § 220, I, 9.

---

ständige Sachen. l. 25 § 1. D. 50, 16: „Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse.

[1]) Man unterscheidet wieder die causa rei externa und interna. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 284 Nr. 28.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 287 Nr. 37.

[3]) Derselbe a. a. O. p. 286, Nr. 34.

[4]) Puchta Pandecten § 37.

Digitized by Google

Eine andere Entheilung der natürlichen Früchte ist die in aa. fructus pendentes s. stantes (unabgesonderte), bb. separati (abgesonderte), worunter man überhaupt alle mit der erzeugenden Sache nicht mehr zusammenhängende versteht, und cc. percepti (erhobene) d. s. solche, in Ansehung deren bereits eine Besitzergreifung Seitens des Nutzungs-Berechtigten stattgefunden hat. l. 44. D. 6, 1; l. 27 pr. D. 7, 1; l. 48, D. 41, 1; §§ 475 u. 476, I, 20; §§ 190—193, I, 7. L.-R. Fructus percipiendi (vernachlässigte Früchte) heißen im römischen Rechte diejenigen, qui percipi honeste potuerunt, sed culpa possessoris percepti non sunt (l. 33, D. 6, 1. in Verb. mit § 2, J. 4, 17), im preußischen Rechte die, welche der wahre Berechtigte nach der in der Gegend gewöhnlichen Bewirthschaftungsart hätte genießen können (§§. 229 u. 230, I, 7. L.-R.) Die fructus percepti zerfallen wieder in exstantes (noch vorhandene), und consumti (genossene); l. 22. C. 3, 32; l. 22 § 2, D. 13, 7; §§ 223 u. 224, I, 7. L.-R.

2) Die Pertinenzien. Das röm. Recht versteht darunter Gegenstände, die, ohne wirklicher (integrirender) Theil einer Sache zu sein, doch als Theil (quasi pars) behandelt werden. l. 13 § 31, D. 19, 1: „Aedibus distractis vel legatis ea esse aedium solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur.“ Die Pertinenzqualität beruht hier also auf der fortdauernden totalen Bestimmung einer Sache für den Gebrauch einer bestimmten andern; nicht aber auf der äußern Verbindung; denn fixa vincta (Sachen, die wand- band- nied- und nagelfest sind) gehören nicht immer zu den Pertinenzien und wiederum giebt es Pertinenzien, die nicht befestigt sind.[1]) (Den Gegensatz der fixa vincta bilden die ruta caesa, d. i. alles, was nicht mit Grund und Boden zusammenhängt. l. 38 § 2, D. 19, 1; l. 66 § 2, D. 18, 1; l. 241, D. 50, 16.) Das preußische L.-R. bezeichnet als Pertinenz oder Zubehör:

a. jede Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer andern Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden; § 42, I, 2. L.-R.

b. jede Sache, ohne welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden kann; § 46 h. t.

c. jede Sache, die einem andern Ganzen durch die Handlung oder Bestimmung eines Menschen zugeschlagen worden; § 44 h. t.

d. bewegliche natürliche Zuwüchse, so lange sie noch nicht

[1]) Puchta Pandecten § 37. Vorles. Bd. 1. p. 79 (§ 37).

Digitized by Google

vermöge des gewöhnlichen Nutzungsrechts (d. h. durch ein factum des Nutzungs-Berechtigten) abgesondert worden sind. § 45 h. t.[1]) Die Pertinenzqualität beruht hiernach im preuß. Rechte entweder auf der innern Bestimmung einer Sache oder auf ihrer äußern Verbindung oder lediglich auf der Willenserklärung eines Menschen. Fructus pendentes gehören eigentlich zu den integrirenden Theilen der Sache.

Nach röm. und preuß. Recht können sowohl bewegliche als auch unbewegliche, körperliche wie unkörperliche Dinge Pertinenzien sein; ob nach röm. Recht auch bewegliche Sachen Pertinenzien haben können, ist streitig.[2]) Nach preuß. Recht unterliegt es keinem Zweifel, daß nicht nur bewegliche wie unbewegliche, sondern auch unkörperliche Dinge Pertinenzien haben können. Cf. z. B. §§ 67, 68, 71, 91, 101, I, 2. L.-R. In vielen Fällen ist es sehr schwierig, unbewegliche Pertinenzien und Substanztheile zu unterscheiden, namentlich dann, wenn die Hauptsache nur in der Idee ein Ganzes, d. h. ein Complexus einzelner Sachen (z. B. ein Landgut) ist.[3])

Die Pertinenzqualität muß immer erst dadurch bewiesen werden, daß man die Existenz der factischen Momente darthut, welche die Gesetze zur Begründung der Pertinenz-Eigenschaft erfordern. Das L.-R. giebt jedoch bei einer Menge von Sachen an, was in der Regel als ihr Zubehör anzusehen ist, z. B. bei einem Landgute, einem Walde, einer Jagdgerechtigkeit, einem Gebäude ꝛc. ꝛc. §§ 48—102, I, 2. Der Inbegriff der zu einer Sache gehörenden beweglichen Pertinenzstücke wird das Inventarium[4]) derselben genannt. § 103 h. t.

In ähnlicher Weise enthält das Corpus jur. civ. eine Menge Entscheidungen darüber, was bei gewissen Gegenständen als Pertinenz derselben zu betrachten ist.. So z. B. soll bei einem fundus nicht die ruta caesa, sondern was mit dem Boden zusammenhängt, als Pertinenz gelten; denn nur von Letzterem wird angenommen, daß es unmittelbar für das Grundstück bestimmt ist. Bei einem Hause dagegen gehört alles, was mehr zu dem Hause selbst als zu den Bewohnern in Bezug steht, es mag befestigt sein oder nicht, zu den Pertinenzien. l. 17 pr. D. 19, 1. Das instrumentum fundi oder aedium, d. i. der Inbegriff der für den

---

[1]) Im ältern deutschen Rechte galten alle bewegliche Sachen als Pertinenz der unbeweglichen, später jedoch nur diejenigen, die „erd- wand- band- mauer- niet- und nagelfest" waren. Cf. Phillips Deutsches Privatrecht Bd. 1. p. 369.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 226. Siehe dagegen Puchta Vorles. Bd. 1. p. 79; v. Holzschuher Bd. 1. p. 285.

[3]) Vergl. hierüber Koch Lehrbuch Bd. 1. § 95.

[4]) Inventarium im weitern Sinne ist das Verzeichniß aller zu einem Inbegriff gehörigen Stücke. § 104 h. t.

Digitized by Google

Landbau oder für die vollständige Benutzung des Gebäudes dienenden Sachen, ist nicht Pertinenz. l. 14, D. 33, 10.

Nach röm. und preuß. Recht gelten in Ansehung der Pertinenzien folgende Grundsätze: a. Sie nehmen von selbst an allen Schicksalen der Hauptsache Theil, gehen also auch bei einem Wechsel des Eigenthums auf den neuen Erwerber der Hauptsache von selbst über; l. 17 § 2; l. 52 § 3, D. 19, 1; §§ 105 u. 107, I, 2. L.-R. Von dieser Regel machen nach preuß. Recht in gewisser Beziehung diejenigen unbeweglichen Pertinenzien eine Ausnahme, welche ein eigenes Folium im Hypotheken-Buche haben. Cf. z. B. § 448, I, 20. L.-R.; § 11, II, 3. A. G.-O. b. Die Pertinenzeigenschaft einer Sache hört durch deren juristische Trennung von der Hauptsache, durch eine bloß factische Trennung aber nur dann auf, wenn die Pertinenzqualität in der festen und unmittelbaren Verbindung beider Sachen wesentlich ihren Grund hatte. Auch geht im letztern Falle jene Eigenschaft nicht verloren, wenn einer vorübergehenden Ursache wegen die Trennung nur temporär erfolgte. l. 18 § 1, D. 19, 1 [1]); § 106, I, 2. L.-R. Cf. auch §§ 475 u. 476, I, 20. L.-R. [2])

3) Accessionen im engeren Sinne (An- oder Zuwachs). Man versteht darunter die Erweiterung einer Sache durch eine von außen hinzugekommene; § 222, I, 9. L.-R. Je nachdem diese Erweiterung durch Natur oder Kunst bewirkt ist, unterscheidet man accessiones naturales und industriales.

Zu den „incommoda rerum" gehören namentlich die impensae (Verwendungen), worunter man Auslagen versteht, welche wegen einer Sache auf diese selbst gemacht worden sind. [3]) Sie zerfallen in a. necessariae (nothwendige), nämlich solche, welche zur Erhaltung der Sache in ihrem dermaligen Zustande dienen (§ 212, 236, I, 7. L.-R. l. 79 pr. D. 50, 16 „quae si facti non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.") b. utiles (nützliche, Verbesserungen, Meliorationen), d. s. Auslagen, durch welche der Nutzungsertrag oder auch nur der Kaufwerth der Substanz erhöht wird (§§ 206 u. 207, I, 7. L.-R.

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten, Th. II § 226.

[2]) Durch deutsche Particulargesetze sind manche Sachen (im Gegensatze der „walzenden Grundstücke") für unzertrennliche Pertinenz einer unbeweglichen Sache erklärt worden. Bei ihnen hebt selbst die juristische Trennung die Pertinenzqualität nicht auf, berechtigt vielmehr den Besitzer der Hauptsache zur Retract- oder Vindicationsklage, welche Letztere bisweilen Revocatorien- oder Reunionsklage heißt. Eichhorn Deutsches Privatrecht § 152. Phillips Deutsches Privatrecht Bd. 1. § 57.

[3]) Manche unterscheiden zwischen impensae und expensae. Unter Letztere verstehen sie Auslagen, die zwar um der Sache willen gemacht, aber nicht auf die Sache selbst verwendet sind.

Digitized by Google

l. 5 § 3, l. 6 D. 25, 1.) c. voluptariae, solche, welche keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein den Kaufwerth nicht erhöhendes Vergnügen gewähren (§ 210, I, 7. L.-R. l. 7 pr. D. 25, 1; l. 79 § 2. D. 50, 16) [1])

F. Schätzbare und unschätzbare Sachen.

Der Werth einer Sache wird durch den Nutzen bestimmt, den sie ihrem Besitzer gewähren kann. Unter Nutzen wird aber aller Gebrauch verstanden, welchen Jemand von einer Sache zu machen berechtigt ist. §§ 109 u. 110, I, 2. L.-R. Der allgemeine Werthmesser ist das Geld. Jede Sache, an welche derselbe irgend wie angelegt werden kann, ist schätzbar; unschätzbar sind also solche Sachen, deren Werth — wie § 119, I, 2. L.-R. sagt, durch kein Verhältniß mit andern im Verkehr befindlichen Sachen bestimmt werden kann. Das L.-R. unterscheidet

1) einen gemeinen Werth. Derselbe richtet sich nach dem Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer gewähren kann; doch werden auch Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten, welche jedem Besitzer schätzbar sind und deshalb gewöhnlich in Anschlag kommen, dem gemeinen Werthe beigerechnet. §§ 112 u. 113, I, 2. L.-R. Nur er braucht in der Regel erstattet zu werden. § 117 h. t.

2) einen außerordentlichen Werth. Derselbe erwächst aus der Berechnung des Nutzens, welchen die Sache nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann (§ 114 h. t.) und muß ersetzt werden:

a. bei Beschädigungen aus Vorsatz oder grobem Versehen; §§ 85 u. 86, I, 6. L.-R.

b. in der Regel bei Expropriationen; § 9, I, 11. L.-R. und

c. bei dem Legat einer fremden Sache; § 378, I, 12. L.-R.

d. im Falle des § 880, I, 11. L.-R.

3) einen Werth der besondern Vorliebe (pretium affectionis), welcher aus blos zufälligen Eigenschaften oder Verhältnissen einer Sache entsteht, die derselben in der Meinung ihres Besitzers einen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beilegen. Seine Erstattung findet nur bei vorsätzlichen Beschädigungen statt. § 87, I, 6. L.-R. Cf. auch § 880, I, 11 u. § 196, I, 20. L.-R.

Ferner unterscheidet das L.-R. bei dem gemeinen Werthe aa. einen höchsten (z. B. § 85, I, 6), bb. einen mittlern (z. B. §. 93, I, 6) und cc. einen niedrigsten Werth (z. B. § 300, I, 9.).

Das römische Recht unterscheidet zwischen einem außer-

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 291.

Digitized by Google

ordentlichen und einem gemeinen Werthe nicht; der Affectionswerth ist, der richtigen Meinung zufolge, niemals zu erstatten. l. 33, D. 9, 2; l. 63 pr. D. 35, 2; l. 6 § 2, D. 7, 7; l. 1 § 15, D. 38, 5; l. 13 pr. D. 46, 8; denn die von den Gegnern angeführte l. 54 pr. D. 17, 1. sagt nur, daß auch Affectionswerth hinreiche, um einem Rechtsgeschäft, welches bekanntlich ohne alles Interesse hinfällig sein würde, rechtliche Wirksamkeit zuzusichern.[1])

G. Genus und species; res fungibiles et non fungibiles.

Genus bedeutet hier eine Sache, die nur der Gattung nach bezeichnet ist, species aber eine individuell bestimmte Sache; l. 54 pr. § 1, D. 45, 1; l. 30 § 6, D, 30; §§ 273 u. 275, I, 5. L.-R. Es giebt nun Sachen, bei denen im gewöhnlichen Verkehr nur die Gattung, nicht das Individuum in Betracht kommt, Letzteres gegen die Quantität zurücktritt, und die daher bloß nach Gewicht, Zahl oder Maaß bestimmt zu werden pflegen (quae pondere, numero, mensura consistunt). Diese heißen fungible oder vertretbare Sachen.

Der unrömische Ausdruck „fungibilis" ist gebildet nach l. 2 § 1, D. 12, 1: „in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem quam specie." Es lassen sich aber fast alle bewegliche Gegenstände willkührlich als res fungibiles oder non fungibiles behandeln. Manche halten daher beide Begriffe für durchaus relativ und nennen eine jede Sache alsdann vertretbar, wenn es bei dem Rechtsverhältnisse, dessen Gegenstand sie gerade ist, nicht sowohl auf ihre Species, sondern blos auf ihre Gattung oder Quantität ankommt, so daß sie nur in genere oder in eadem quantitate et qualitate gegeben zu werden braucht.[2]) In diesem Sinne scheint auch das preuß. Recht die Fungibilität zu verstehen. Cf. § 28 der Ver. v. 21. Juli 1846 (G.-S. p. 291) §§ 853, I, 11. L.-R. Der Begriff derselben findet auch bei Handlungen Anwendung; cf. z. B. §§ 49 u. 50, I, 24. A. G.-O. § 9 der Ver. v. 4. März 1834 (G.-S. p. 31) § 166, I, 5. L.-R.

H. Verbrauchbare und unverbrauchbare Sachen.

Mit den fungibeln Sachen haben Verwandtschaft und werden häufig verwechselt die verbrauchbaren Sachen — quae in absumtione, in abusu sunt, Consumtibilien.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2 p. 79.
[2]) Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts Bd. 1. § 149.

Digitized by Google

Das röm. Recht versteht darunter solche, quae usu consumuntur aut minuuntur. § 2, J. 2, 4; l. 1. D. 7, 5; das L.-R. Sachen, die ohne ihre Zerstörung oder ihren gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können (§ 120, I, 2.). Hiernach scheint das L.-R. Sachen, die durch den Gebrauch nur verringert werden, nicht mit zu den verbrauchbaren zu rechnen. Doch spricht § 174, I, 21. L.-R. („was davon und in dem Stande, wie es alsdann nach wirthschaftlichem Gebrauche noch wirklich vorhanden ist") dagegen. —

Häufig treffen zwar Verbrauchbarkeit und Fungibilität zusammen, doch können auch verbrauchbare Sachen als nicht vertretbare in Betracht kommen (z. B. si legetur pecunia, quae in arca est, vel vinum, quod in apothecis est l. 30 § 6, D. 30), und umgekehrt unverbrauchbare Sachen als vertretbare. Werden verbrauchbare Sachen einem Andern zum Gebrauch überlassen, so sollen sie zwar nach § 121, I, 2. L.-R. hierdurch stets die Fungibilität annehmen (cf. auch § 83, I, 14); doch kommt es bei Sachen, quae usu non consumuntur sed minuuntur, darauf an, ob nach dem Willen des Hingebers die Sachen in genere oder in specie restituirt werden sollen. Ersteres wird beim Nießbrauche vermuthet. §§ 173 u. 174, I, 21. L.-R.

Persönliche und dingliche Rechte.

Das preuß. L.-R. unterscheidet a. subjectiv- und objectiv-persönliche b. objectiv- und subjectiv-dingliche, c. objectiv-dingliche aber subjectiv-persönliche und d. objectiv-persönliche aber subjectiv-dingliche Rechte. Wenn von dinglichen Rechten ohne weitern Beisatz die Rede ist, so werden darunter objectiv-dingliche gemeint; diese heißen Rechte auf die Sache (jura in re). Ebenso sind, wenn von persönlichen Rechten ohne weitern Beisatz gesprochen wird, objectiv-persönliche Rechte darunter zu verstehen. (§§ 125—130, I, 2. L.-R.) Bei diesen wird der Verpflichtete nicht erst durch den Besitz einer Sache bezeichnet. (§ 122 ibid.) Wenn sie auf die Einräumung eines Rechts an einer individuell bestimmten Sache gerichtet sind, heißen sie „Recht zur Sache" (jus ad rem); § 124 ibid. Objectiv-dingliche Rechte sind solche, deren Gegenstand an sich und unmittelbar eine Sache ist. § 122, I, 2. L.-R. — Das röm. Recht kennt nur vier s. g. jura in re aliena: Servituten, Em-

Digitized by Google

phyteusis, Superficies und Pfandrecht. Der Grund dieser geringen Anzahl dinglicher Rechte ist einmal in dem Streben der Römer zu suchen, jede nicht absolut nothwendige Beschränkung des Eigenthums zu vermeiden und den Begriff des Eigenthums möglichst rein zu erhalten, zum Andern aber in ihrem Sträuben, gewisse Rechtsinstitute, die durch das alte Civilrecht als geschlossen angesehen wurden, über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus zu erweitern.

Das alte deutsche Recht hatte den Grundsatz: jedes persönliche Recht, dessen Object eine bestimmte Sache ist, wird dadurch dinglich, daß der Berechtigte in ein solches Verhältniß zur Sache tritt, welches ihm eine unmittelbare factische Einwirkung auf dieselbe rechtlich gestattet. Jedes solche Verhältniß ward unter den gemeinsamen Begriff der Gewere subsummirt und entstand entweder durch Einräumung der Detentio oder durch gerichtliche Erklärung, Auflassung genannt. So hatte z. B. nach altem germ. Rechte der Miether und Pächter ein dingliches Recht. Durch die Reception des röm. Rechts wurde zwar jenes alte deutsche Prinzip beseitigt, doch wirkte dasselbe eine Vermehrung der vom röm. Recht anerkannten dinglichen Rechte; diesen gesellten sich nämlich die Reallasten, Bannrechte und Retractrechte zu.[1])

Das preuß. L.-R. ist zu der Theorie des alten deutschen Rechtes zurückgekehrt: jeder persönlich Berechtigte, der zum Object seines Rechts eine bestimmte Sache hat, wird dinglich Berechtigter, sobald er zu seinem persönlichen Rechte rechtmäßigerweise den Besitz der Sache erhält (§ 135, I, 2.) oder in's Hypothekenbuch eingetragen wird (§ 8, I, 20; §§ 2 u. 4, I, 21. L.-R.) Hiernach giebt es im preuß. Rechte keine geschlossene Zahl dinglicher Rechte. —

Die allgemeinen Lehren über Entstehung, Wirkung und Aufhebung der jura in re aliena finden sich zerstreut im 2. Titel (§§ 131—141), 19. Titel (§§ 1—21, §§ 29—33) und 21. Titel (§§ 1—21) des I. Theils des L.-R., und sollen im Zusammenhange zu Titel 19, Th. I. vorgetragen werden.

Hier ist nur noch zu § 141, I, 2. L.-R. zu bemerken, daß von der Regel: Mit dem Aufhören des dinglichen Rechts hört das persönliche Recht noch nicht auf, zu dessen Verstärkung das Erstere bestellt worden, infofern eine Ausnahme stattfindet, als in dem Falle, wo dem Schuldner das Pfand zurückvermacht wird, auch die Schuld für erlassen angesehen wird. § 427, I, 12. L.-R.

[1]) Bornemann Systematische Darstellung. 2. Aufl. Bd. 1. p. 186 sq.

Digitized by Google

Zum dritten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.

Von Handlungen.

Thatsache (factum) heißt jedes Ereigniß in der Sinnenwelt ohne Rücksicht auf seine Ursache; juristische Thatsache eine solche, durch welche Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder aufgehoben werden. Handlung nennt man erstens jede menschliche Thätigkeit oder Unthätigkeit, die mit dem Willen in Verbindung steht, und zweitens deren Resultat; Handlung heißt daher auch jedes Ereigniß, welches die Aeußerung eines menschlichen Willens ist. — In jener ersten Definition liegt bereits die Eintheilung der Handlungen in positive (Begehungen, Handlungen im engern Sinne) und negative (Unterlassungen) angedeutet. Cf. l. 121, D. 50, 17; § 32, I, 3; §§ 3—5, I, 6. L.-R. Die positiven theilt man wieder in innere (Gedanken) und äußere, welche in der Thätigkeit des Leibes oder einzelner Organe bestehen. Nur die Letzteren sind Gegenstand gesetzlicher Bestimmungen. l. 18, D. 48, 19 („cogitationis pönam nemo patitur.") § 2, I, 3. L.-R. Ferner unterscheidet man erlaubte d. h. solche, welche weder, durch natürliche noch positive Gesetze verboten sind (cf. § 87 Einl. z. L.-R.), und unerlaubte Handlungen. Aus den unerlaubten können nur Verbindlichkeiten, aber keine Rechte für den Handelnden entstehen. Daher überkommen auch die Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung aus derselben weder Rechte noch Pflichten gegen einander. Cf. §§ 35 u. 36, I, 3. L.-R. Eine Ausnahme von diesem Satze findet jedoch nach § 33, I, 6. L.-R. bei blos culposen Delicten[1]) und nach § 37, I, 3 u. § 1015, II, 1. ibid. bei der außerehelichen Schwängerung statt.[2])

Das L.-R. theilt die unerlaubten Handlungen wieder in gemißbilligte (§ 13, I, 3), gesetzwidrige (§ 36, I, 3) und verbotene (§ 9, II, 20.). Endlich unterscheidet man mögliche und unmögliche Handlungen.

Wie schon aus dem oben angegebenen Begriff der Handlungen hervorgeht, setzen sie stets freie Selbstbestimmung des Handelnden voraus. Fehlt diese, so kommen sie höchstens als zufällige Begebenheiten in Betracht. —

---

[1]) Ein Widerspruch zwischen § 36, I, 3 u. 33, I, 6. L.-R. ist also nicht vorhanden. Der erste § bezieht sich auf dolose, der letzte auf culpose Delicte.

[2]) Daraus, daß § 37, I, 3. L.-R. auf Th. II, Tit. 1. Abschn. 11 verweist, geht hervor, daß das L.-R. die außereheliche Schwängerung als ein Delict ansieht.

Digitized by Google

Was die Folgen der Handlungen anlangt, so theilt sie das L.-R. in unmittelbare, mittelbare und zufällige (§§ 4 bis 6, I, 3.) und demgemäß auch den Schaden in einen unmittelbaren, mittelbaren und zufälligen (§§ 2—4, I, 6.) Diese Eintheilung ist auch dem röm. Recht keineswegs fremd und die Lehrer des gemeinen Rechts unterscheiden daher ein damnum circa rem und extra rem oder, wie z. B. Mühlenbruch, einen directen und indirecten Schaden.[1])

Das L.-R. nennt a. unmittelbare Folgen solche, die aus einer Handlung an und für sich betrachtet, nach dem gewöhnlichen und natürlichen Laufe der Dinge zu entstehen pflegen; b. mittelbare Folgen diejenigen, welche nur aus der Verbindung der Handlung mit einem andern von derselben verschiedenen Ereigniß oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit entstanden sind, und c. zufällige solche mittelbare Folgen, die der Handelnde nicht voraussehen konnte. §§ 4—6, I, 3.

Die Beantwortung der Frage, ob und welche Folgen von dem Handelnden zu vertreten sind, hängt zunächst von der Causal-Verbindung ab, in welcher die Handlung und ihre Wirkungen zu der vorhergegangenen Willensbestimmung steht.[2]) Dies führt zu der Lehre von „dolus“ und „culpa“.

Im römischen Recht bedeutet dolus jede Rechtsverletzung, bei welcher nicht blos der Erfolg, sondern auch das Rechtswidrige an dem Erfolge der Handlung beabsichtigt ist; war die Absicht zwar auf den Erfolg gerichtet, aber auf einen an sich löblichen Zweck, der nur durch das Mittel seiner Erreichung ein rechtswidriger war, so ist kein dolus vorhanden.[3]) Culpa im weitesten Sinne umfaßt jedes imputable Hervorbringen eines rechtswidrigen Erfolgs, also auch den dolus; im engeren Sinne schließt sie Letzteren aus und bedeutet jedes imputable Unrecht ohne eine auf Rechtsverletzung gerichtete Absicht;[4]) im engsten Sinne wird sie dem Dolus gegenüber gestellt und schließt alsdann diejenige culpa aus, welche dem Dolus gleichgestellt wird.[5]) Das röm. Recht unterscheidet nämlich zwei Grade der culpa (im engeren Sinne):

1) culpa lata, welche a. dem beigemessen wird, welcher sogar die Vorsicht und Aufmerksamkeit eines gewöhnlichen Menschen ohne irgend wie ausgezeichnete Eigenschaften vernachlässigt hat; l. 213 § 2, D. 50, 16: „lata culpa est nimia negligen-

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 75.

[2]) Die in den §§ 7 u. 8, I, 3. L.-R. enthaltenen Sätze sind daher nur bedingt richtig.

[3]) Puchta Vorles. Bd. 2. p. 87. Es wird also auf das Motiv gesehen.

[4]) Mühlenbruch Pandecten Th. II, § 349.

[5]) Puchta a. a. O.

Digitized by Google

tia i. e. non intelligere quod omnes intelligunt und b. dem, der zwar den schädlichen Erfolg, nicht aber gerade die Rechtswidrigkeit an demselben beabsichtigt, z. B. aus Mitleid gegen einen Dritten die rechtswidrige Handlung begangen hat. l. 7 § 7, D. 4, 3; l. 7 pr. D. 16, 3; l. 8 § 10 und l. 29 pr. D. 17, 1;

2) culpa levis (culpa schlechtweg, culpa im engsten Sinne), welche verübt wird durch Unterlassung der Sorgfalt, Vorsicht und des Fleißes, welche ein bonus et diligens paterfamilias überhaupt anzuwenden pflegt. l. 65 pr. D. 7, 1; l. 11, D. 18, 6; l. 13 § 1, D. 13, 7.

Die culpa lata wird nun dem dolus gleich-, die culpa levis aber dem dolus gegenübergestellt. l. 1 § 1, D. 11, 6; l. 32, D. 16, 3; l. 29 pr. D. 17, 1. Daher heißt Letztere vorzugsweise culpa.

Die culpa (im weitesten Sinne) kann entweder blos als Verletzung einer Verbindlichkeit, die dem Handelnden vermöge einer besondern obligatio obliegt, oder auch ohne eine solche obligatio und selbstständig gegen sie als Rechtsverletzung erscheinen. Die Letztere heißt in der Form des damnum injuria datum die aquilische, und setzt immerein positives Thun voraus, während die andere, häufig negligentia genannt, sowohl in faciendo als in non faciendo bestehen kann.[1]) l. 13 § 2, D. 7, 1. Ein anderer Unterschied zwischen der s. g. aquilischen culpa und der negligentia ist der, daß in Beziehung auf die Prästation der Ersteren keine Grade in Betracht kommen, indem auch die geringste culpa in faciendo consistens, die überhaupt noch als solche behandelt werden kann, vertreten werden muß.[2]) Diesen und keinen andern Sinn hat l. 44, D. 9, 2: „in lege Aquilia et levissima culpa venit", die einzige Stelle, wo im Corp. jur. civilis der Ausdruck „levissima culpa" vorkommt. Dagegen tritt der Unterschied zwischen lata und levis culpa bei der Verletzung obligatorischer Verbindlichkeiten hervor. Zwar hat in Ansehung obligatorischer Pflichten in der Regel jeder Theil auch culpa levis zu vertreten; doch ist für den Precaristen (l. 8 § 3, l. 14, D. 43, 26.) sowie für denjenigen, welcher von dem obligatorischen Verhältnisse keinen Vortheil hat, mit alleiniger Ausnahme des negotiorum gestor (l. 11, D. 3, 5.) und des Depositars, der sich selbst angeboten hat (l. 1 § 35, D. 16, 3), die Haftung auf dolus und culpa lata beschränkt. l. 108 § 12, D. 30; l. 5 § 2; l. 18, D. 13, 6; l. 23, D. 50, 17. Insofern sich aber die culpa schon an sich und abgesehen von der obligatio als Rechtsverletzung darstellt — was immer nur dann

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II, § 352 u. 353.
[2]) Puchta Vorles. Bd. 2. p. 261.

Digitized by Google

der Fall sein kann, wenn sie in faciendo besteht — muß auch culpa levis selbst von dem vertreten werden, der sonst nur für dolus und culpa lata verantwortlich ist. Wenn z. B. die Verschlechterung einer deponirten Sache, welche der Depositar verschuldet hat, ohne Rücksicht auf die obligatio, selbstständig als Rechtsverletzung erscheint, so muß der Depositar sie vertreten, auch wenn nur culpa levis vorliegt. l. 18, § 1, D. 13, 6. Die s. g. aquilische culpa kann also auch innerhalb eines obligatorischen Verhältnisses vorkommen und die für sie bestimmte (aquilische) Klage elective mit den aus dem obligatorischen Verhältnisse entspringenden Rechtsmitteln, concurriren. l. 42, D. 9, 2.[1])

Bisher war nur von der culpa in abstracto die Rede, d. i. von derjenigen, welche, nach einem absoluten Maaßstabe beurtheilt, sich als culpa darstellt. Das röm. Recht kennt aber auch eine culpa in concreto, für welche ein relativer und subjectiver Maaßstab entscheidend ist. Dieselbe besteht nämlich in der Vernachlässigung der diligentia in suis rebus oder anders ausgedrückt in der negligentia in suis rebus non consueta.

Sie kommt in zwiefacher Hinsicht in Betracht:

1) In gewissen obligatorischen Verhältnissen ist wegen ihrer eigenthümlichen Natur die Pflicht, culpa levis zu vertreten, dahin gemildert, daß nicht diligentia diligentis patrisfamilias (culpa levis in abstracto), sondern nur diligentia in suis rebus (culpa in concreto) prästirt zu werden braucht. Dies ist der Fall: a. in Gemeinschaftsobligationen (sowohl bei der Societät als auch bei der communio incidens: l. 72, D. 17, 2; l. 25 § 16 u. 18, D. 10, 1), b. in der Obligatio des Ehemanns rücksichtlich der Dos und der seiner Verwaltung überlassenen Paraphernа (l. 17 pr. D. 23, 3; l. ult. C. 5, 14) und c. in der Obligatio des Vormundes aus der Vormundschaft (l. 1 pr. D. 27, 3.).[2])

2) In denjenigen obligatorischen Verhältnissen, wo nur culpa lata prästirt wird, muß, wenn sich offenbart, daß der Handelnde zwar keine culpa lata in abstracto, aber doch ein Versehen, das ihm bei eignen Sachen nicht vorzukommen pflegt (culpa in concreto), begangen hat, auch Letzteres vertreten werden; d. h. die geringere Schuld — culpa in concreto — wird hier durch Gleichstellung mit dolus zur Prästation gebracht. l. 32, D. 16, 3; l. 22, § 3, D. 36, 1.[3])

---

[1]) Derselbe a. a. O. Bd. 2 Absch. 2, p. 984 Nr. 5.

[2]) Hasse Culpa des röm. Rechts, 2. Ausgabe von Bethmann-Hollweg §§ 42, 69—75. Puchta Pandecten § 267.

[3]) Hasse Culpa §§ 22, 40, 42 u. 63.

Digitized by Google

Die culpa in concreto steht also mit der culpa lata in abstracto insofern rechtlich auf gleicher Linie, als sie auch von demjenigen prästirt werden muß, welcher nur wegen culpa lata verantwortlich ist, unterscheidet sich aber von dieser und ist der levis culpa in abstracto rechtlich insofern gleichgestellt, als die Verantwortlichkeit sowohl wegen levis culpa in abstracto, als auch wegen culpa in concreto, nicht aber wegen lata culpa in abstracto, durch Privat-Disposition im Voraus gültig erlassen werden kann. l. 23, D. 50, 17; l. 5 § 7; l. 41, D. 26, 7; l. 72 § 3, D. 35, 1.[1])

Es waltet ferner zwischen der culpa in concreto in den zu 1 gedachten Fällen und der culpa in concreto desjenigen, welcher nur wegen lata culpa verhaftet ist, ein wichtiger Unterschied insofern ob, als Letztere (gleich der lata culpa) von demjenigen der sie behauptet, bewiesen werden muß, Erstere aber (gleich der levis culpa in abstracto) präsumirt wird, sobald nur eine Verletzung der obligatio erhellt.[2]) Wenn also der Deponent den Depositar, der nur wegen lata culpa in abstracto verhaftet ist, auf Grund einer von ihm begangnen culpa in concreto in Anspruch nehmen will, so muß der Deponent das Vorhandensein der culpa in concreto beweisen; wenn dagegen der Curande den Vormund wegen culpa in concreto belangt, so hat der Curande nur eine Pflichtverletzung des Vormundes darzuthun und diesem liegt, falls er die Verantwortlichkeit von sich ablehnen will, der Nachweis ob, daß er keine culpa in concreto begangen, d. i. daß im vorliegenden Falle die culpa in abstracto nicht an die culpa in concreto hinanreiche. Denn coincidiren beide — und hierfür spricht die Vermuthung — so wird er von der Vertretung nicht frei. Der eben erörterte Unterschied führt auf die Frage, wie überhaupt die Beweislast in Ansehung der culpa und des dolus zu reguliren sei? Hier ist zunächst zu bemerken, daß dolus immer bewiesen werden muß. l. 6, C. 2, 21.[3]) (Doch ist dies streitig.)

Was die culpa (mit Ausschluß des dolus) anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen der aquilischen culpa und derjenigen, welche sich lediglich als Verletzung einer schon bestehenden obligatio darstellt. Bei der Ersteren genügt der Beweis, daß überhaupt ein Factum des Andern die Verletzung (injuria) bewirkte, da der ganze Umfang der Thätigkeit, soferne sie eine Beschädigung

---

[1]) Hasse Culpa §§ 60 u. 61. v. Wening Ingenheim (Lehre vom Schadensersatze § 79) will die culpa in concreto durchweg auf gleichem Fuße mit der culpa lata behandelt wissen.

[2]) Hiernach ist wiederum die culpa in concreto bald der lata, bald der levis culpa in abstracto gleichgestellt. Hasse Culpa § 56.

[3]) v. Wening Ingenheim Lehre vom Schadensersatz § 43.

Digitized by Google

erzeugt, zum Verschulden gehört, bis eine Beschränkung, daß nämlich bloßer Zufall in der Handlung lag, oder daß das Versehen auch dem Achtsamsten und Sorgsamsten begegnen, also nimmer zugerechnet werden könne, nachgewiesen ist.[1])

Hinsichtlich der Letztern ist wieder zu unterscheiden, ob in dem Verhältnisse omnis culpa oder nur dolus und grobes Versehen zu vertreten ist. In diesem Falle muß auch die culpa lata bewiesen werden; doch kann der Beweis nur durch Thatsachen geführt werden, aus welchen der Richter abstrahirt, daß jener Grad der culpa anzunehmen sei. Ist dagegen in dem obligatorischen Verhältnisse omnis culpa zu vertreten, so reicht es hin, den Fehler oder Mangel oder die Verletzung in der pflichtmäßigen Leistung (objectiv) darzuthun, indem alsdann culpa levis vermuthet wird, und dem debitor, wenn er dem Anspruch entgehen will, der Beweis obliegt, daß entweder gar kein Versehen, oder nur ein solches, für welches auch der Fleißigste nicht hafte, oder welches er — soferne die Gesetze diese Entschuldigung zulassen, in eignen Sachen ebenso zu begehen pflege, vorliege.[2]) Immer aber wird, wie gesagt, nur culpa levis vermuthet; behauptet der Verletzte culpa lata, um zum Würderungseide — von welchem weiter unten gehandelt werden wird — verstattet zu werden, so muß er das Vorhandensein eines grob en Versehens durch Beibringung von Thatsachen, aus welchen sich ein solches entnehmen läßt, beweisen.[3])

Schließlich ist noch mit einigen Worten der „custodia" zu gedenken.

Unter custodia (im technischen Sinne) versteht man nämlich nichts weiter als die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia — diligentia in custodiendo, diligentia ad rem custodiendam adhibita. Sie ist somit eine species der diligentia und es kann daher von einer Verpflichtung, custodiam zu prästiren, nur in obligatorischen Verhältnissen z. B. beim Usufructus, Mandat ꝛc. die Rede sein.[4]) Controvers ist es, ob der, welcher custodiam prästiren muß, für die geschehene Entwendung der Sache schlechthin einsteht? Die Frage wird vom geschriebenen Recht bejaht bei ausdrücklicher Uebernahme der custodia § 3, J. 3, 23; bei dem Depositar werden von der durch ihn besonders übernommenen custodia nur die casus fortuiti ausgenommen l. 1 § 35. D. 16, 3; der Pfandgläubiger, der Miether haftet nicht, wenn die Sache ohne seine Schuld entwendet worden ist l. 14 § 6 u.

---

[1]) v. Wening Ingenheim a. a. O. § 55.
[2]) v. Wening Ingenheim a. a. O. § 85. Puchta Pandecten § 267.
[3]) Puchta Vorles. Bd. 2. p. 19 (§ 226).
[4]) Hasse Culpa § 76.

Digitized by Google

12, D. 47, 2; bei dem Commodatar wird schlechthin vorausgesetzt, daß er für den Diebstahl hafte l. 14 § 10 u. 15 D. eod.; ebenso bei dem Socius, der eine Sache mit Aestimation übernommen hat l. 52 § 3, D. 17, 2.[1]) Die custodia schließt auch die Bewachung der Sache vor usucapio eines Andern in sich, l. 1 § 7 und l. 2 D. 7, 9.[2])

Wenden wir uns nunmehr dem preußischen Rechte zu. Hier wird unter vorsätzlichem Unrecht (Dolus) jede mit Bewußtsein absichtlich zum Zweck einer Rechtsverletzung unternommene oder unterlassene Handlung, mag ihr Motiv ein schlechtes oder an sich löbliches gewesen sein, verstanden.[3]) Der Begriff des Dolus ist also nach preußischem Recht ein viel weiterer als nach römischem, da das Motiv nicht berücksichtigt wird. Versehen (Culpa) definirt das L.-R. als die Verletzung der Gesetze aus Mangel an Aufmerksamkeit. § 17, I, 3. Die Handlung oder Unterlassung selbst kann immerhin absichtlich begangen, die rechtsverletzenden Folgen aber dürfen als solche nicht gewollt sein. Dadurch allein unterscheidet sich das Versehen vom Dolus. — Aehnlich wie das röm. Recht zwischen der aquilischen culpa und der negligentia distinguirt, macht das L.-R. einen Unterschied: ob die Culpa (im weitesten Sinne) sich lediglich als Verletzung einer Vertragspflicht oder als selbstständige Rechtsverletzung (aquilische culpa) darstellt. Ueber die erste Art der culpa wird in den §§ 277—291. I, 5, über die zweite im 6. Titel des I. Theils des L.-R. gehandelt. Hierbei ist es nun wegen § 17, I, 6. fraglich, ob die Bestimmungen des 6. Titel des I. Theils auch auf die erste Art der culpa Anwendung finden. Soweit diese Bestimmungen den in den §§ 277 sq. I, 5. L.-R. enthaltenen Vorschriften widersprechen[4]), gewiß nicht; wohl aber in subsidium, denn in § 39, I, 3; § 287, I, 5; § 101, I, 11; § 17, I, 16. wird ausdrücklich auf die Bestimmungen des 6. Titels verwiesen. Auch kann ebenso wie im röm. und gem. Rechte, wenn ein bei einem Vertragsverhältnisse

---

[1]) Puchta Pandecten § 266. Note h. v. Wening Ingenheim (Schadensersatz § 84) ist mit v. Bangerow (§ 105 Anm.) der Ansicht, daß auf jeden Fall beim heimlichen Diebstahl dem custos der Beweis seiner Schuldlosigkeit offen gelassen werden muß, wenn auch derselbe ihm zunächst zur Last gelegt wird. Nur wenn bei einem Geschäfte, welches schon seiner Natur nach die custodia erheischt, noch besonders die Prästation derselben versprochen wird, soll anzunehmen sein, der custodiens habe den casus in Betreff des Entfliehens, Stehlens und damnum injuria datum übernehmen wollen. (Die Präsumtionen in dieser Lehre siehe unten.)

[2]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 83. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 352.

[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 141. Das L.-R. selbst definirt den Dolus nicht.

[4]) Cf. z. B. § 288, I, 5 und §§ 12, 13 u. 15, I, 6. L.-R.

Digitized by Google

vorgefallenes Versehen von der Art ist, daß dadurch auch außer diesem Falle ein Rechts-Anspruch begründet werden würde, die Rechtsverletzung nach der Wahl der Berechtigten entweder mit der Klage aus dem Rechtsgeschäfte oder mit der allgemeinen Schädenklage ausgeglichen werden.[1])

Ferner unterscheidet das L.-R. ebenfalls zwischen culpa in abstracto und culpa in concreto. Letztere ist auch hier ein Versehen, welches nach der besondern Individualität des Urhebers sich als solches darstellt und für dessen Beurtheilung auch nur diese besondere Individualität den Maaßstab abgiebt. § 25, I, 3. L.-R. Doch hat nach preuß. Recht die Haftung für culpa in concreto nur in Einem Falle die Bedeutung einer bloßen Milderung der Pflicht, culpa levis in abstracto zu vertreten (§§ 554 u. 555, II, 1. L.-R.); in den übrigen Fällen dagegen kann sie eben so gut als eine Schärfung der Verantwortlichkeit für irgend welchen Grad der culpa in abstracto erscheinen. §§ 211—214, I, 17; §§ 55 sq. I, 13; § 11 u. 12, I, 14. in Verbindung mit §. 25, I, 3. L.-R.

Die culpa in abstracto hat nach preuß. Recht nicht blos zwei, sondern drei Grade. Das L.-R. ist hierin einer bereits von Donellus angegriffenen, jetzt wohl völlig beseitigten gemeinrechtlichen Theorie gefolgt, die ebenfalls 3 Grade annahm.[2]) Außerdem weicht das L.-R. von dem röm. Rechte insofern ab, als nach Ersterem diejenige culpa, welche sich ohne Rücksicht auf eine schon vorhandene obligatio oder selbstständig gegen diese als Rechtsverletzung darstellt, auch eine culpa in non faciendo consistens sein kann und ebenfalls Grade hat, während doch die s. g. aquilische culpa des röm. Rechts immer nur in faciendo bestehen kann und ohne Grade ist.[3])

Der landrechtlichen Theorie von der culpa in abstracto liegt im Allgemeinen die Vorstellung eines Mannes mit gewöhnlichen Fähigkeiten zum Grunde. Doch spielt auch die röm.-rechtliche Vorstellung eines diligens paterfamilias herein; dies erhellt klar beim Vormunde (§§ 275 u. 276, II, 18,) beim Pfandinhaber (§ 121, I, 20.) und beim Usufructuar (§§ 22, 89 u. 132, I, 21. L.-R.). Hiernach ist

a. ein grobes Versehen dasjenige, was ein Mann von gewöhnlichen Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermeiden konnte; § 18, I, 3. L.-R.[4])

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 142.

[2]) Hasse Culpa § 24.

[3]) Koch Recht der Forderungen § 24 Bd. 1. p. 257 sq.

[4]) Das grobe Versehen steht in Ansehung seiner civilrechtlichen Folgen auch nach preuß. Recht in der Regel dem Dolus gleich. § 19, I, 3. L.-R. Eine Ausnahme hiervon enthalten z. B. §§ 85—87, I, 6. L.-R.

Digitized by Google

b. ein mäßiges Versehen ein solches, welches ein Mensch mit gewöhnlichen Fähigkeiten bei demjenigen Grade von Aufmerksamkeit vermeiden konnte, den ein ordentlicher Hausvater in seinen eignen Angelegenheiten gewöhnlich anwendet; § 20, I, 3 in Verb. mit §§ 275 u. 276, II, 18. L.-R.[1]), und

c. ein geringes Versehen ein solches, welches ein Mensch von gewöhnlichen Fähigkeiten nur bei einer ungewöhnlichen Anstrengung der Aufmerksamkeit oder das nur ein mit vorzüglichen Fähigkeiten oder einer besondern Kenntniß der Sache, beziehungsweise des Geschäfts begabter Mensch vermeiden konnte; § 22, I, 3. L.-R.

Die Prästation von culpa in abstracto bildet die Regel (§ 24, I, 3. L.-R.) und zwar muß vertreten werden:

A. auch geringes Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit insbesondere

a. von demjenigen, der aus dem Vertrage allein Vortheil zu erwarten hat, § 279, I, 5. L.-R.

b. von dem, welcher eine Handlung übernommen hat, die besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzt, § 281 h. t.

c. von dem, welcher sich fremden Geschäften nur in der Absicht, den Vortheil des Eigenthümers dadurch zu befördern, ohne Auftrag unterzieht, § 245, I, 13. L.-R.

d. von demjenigen, dessen Verbindlichkeit unmittelbar aus dem Gesetze entsprungen ist, § 13, I, 16. L.-R.[2])

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio

a. von dem, der eine Handlung vornimmt, die schon an sich von den Gesetzen gemißbilligt oder verboten ist, § 13, I, 3; § 16 u. 26, I, 6. L.-R.

b. von dem, welchen die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden; § 23, I, 3. L.-R.[3])

B. nur Dolus, grobes und mäßiges Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit

von jedem Interessenten einer Obligation, welche nach ihrer Natur für beide Theile Vortheil bezweckt; § 278, I, 5. L.-R. Diese Regel erleidet jedoch zweierlei Ausnahmen, indem in einigen Verhältnissen nur diligentia suis rebus consueta und in einigen andern die größte Sorgfalt von einer Seite geleistet werden muß[4])

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 142.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 468.
[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 143.
[4]) Die erste Ausnahme beruht, wie Koch sagt, auf der freien Eingehung in ein dauerndes Verhältniß mit der bestimmten Person und in der

Digitized by Google

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio von jedem, dessen Handlung zwar an sich erlaubt, jedoch nicht die Ausübung eines Rechts ist; §§ 8, 12, 36 u. 37, I, 6. L.-R.

C. nur Dolus und grobes Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit von dem Theile, welcher aus dem Rechtsverhältnisse naturgemäß gar keinen Vortheil hat; § 280, I, 5. L.-R. Auch diese Regel erleidet Ausnahmen, indem bisweilen ein geringeres Versehen (z. B. bei der Tutel, dem Mandat und der negotiorum gestio, § 276, II, 18; §§ 55 sq. I, 13; § 245, I, 13. L.-R.) oder culpa in concreto vertreten werden muß (so beim Mandat und Depositum; § 55, I, 13; §§ 11 sq. I, 14. L.-R.)

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio von demjenigen, dessen Handlung die Ausübung eines Rechts ist; §§ 36 u. 37, I, 6. L.-R. (Ist streitig. [1])

Auch in dem Verhältnisse des Vindicationsbeklagten kommen nach preuß. Recht verschiedene Grade der culpa in Betracht; so haftet der unredliche Besitzer auch für geringes, der unrechtfertige Besitzer für mäßiges, der redliche Besitzer nur für Dolus und grobes Versehen (§§ 240 u. 219, I, 7. L.-R.), während im röm. Recht insofern keine Grade hervortreten, als der unredliche Besitzer für jedes Versehen, der redliche aber vor der Litiscontestation für gar keins und nach der Litiscontestation ebenfalls für ein jedes haftet. l. 45, D. 6, 1;[2] l. 31 § 3, D. 5, 3. —

Culpa in concreto kennt das preuß. Civilrecht[3] nur in folgenden Fällen:

1) Der Mandatar ist bei Vollziehung des unentgeltlich übernommenen Auftrags zu demjenigen Grade des Fleißes und der Aufmerksamkeit verpflichtet, welchen er in seinen eignen Geschäften

dadurch erklärten Zufriedenheit mit ihren Gaben und Gewohnheiten. Sie findet sich bei dem Gesellschaftsverhältnisse, jedoch mit Ausschluß der communio incidens) und bei der Verwaltung der eingebrachten Kapitalien durch den Ehemann. § 211, I, 17; §§ 554 u. 555, II, 1. L.-R. Die andre Ausnahme beruht auf dem Bedürfniße der Sicherung von Person und Eigenthum in Lebensverhältnissen, wo der eine Theil ganz in der Hand des Andern ist und besteht darin, daß dieser andere Theil auch das geringste Versehen vertreten muß. Sie kommt vor bei dem Receptum der Sachen eines Reisenden von Seiten des Gastwirths, bei dem Frachtcontracte mit Lohnfuhrleuten und mit Schiffern. §§ 447, 1734—1737, 2459, II, 8. L.-R. Koch Lehrbuch Bd. 2. § 469. Auch im röm. Recht ist die Haftung der Gastwirthe, Lohnfuhrleute und Schiffer besonders streng. v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 789 sq.

[1]) Vergl. Koch Lehrbuch Bd. 1. § 143 und Bornemann Civilrecht Bd. 2 p. 175 sq.

[2]) Das Streitige in dieser Lehre wird bei der Theorie des Besitzes erörtert werden.

[3]) Im Criminalrecht kommt immer nur culpa in concreto in Betracht. § 25, I, 3. L.-R.

Digitized by Google

derselben Art anzuwenden pflegt. § 55, I, 13. L.-R. (Nach röm. Recht haftet der Mandatar stets für culpa levis in abstracto. l. 13, C. 4, 35; l. 23, D. 50, 17.)

2) Der Depositar ist nur verpflichtet, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleiße zu verwahren, als er es bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu thun pflegt. Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht abgemessen werden, so haftet er nur für ein grobes Versehen. §§ 11 u. 12, I, 14. L.-R. (Nach röm. Recht haftet der unbelohnte Depositar für culpa lata, doch wird auch eine von ihm begangene negligentia in suis rebus non consueta durch Gleichstellung mit Dolus zur Prästation gebracht. l. 5 § 2, D. 13, 6; l. 23, D. 50, 17; l. 32, D. 16, 3.)

3) Gesellschafter sind bei dem Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes zu demjenigen Grade von Fleiß und Aufmerksamkeit verpflichtet, den ein Jeder in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt. § 211, I, 17. L.-R. (Nach röm. Recht ist nicht blos bei der societas, sondern auch bei der communio incidens die Haftung auf culpa in concreto beschränkt. l. 72. D. 17, 2; l. 25 § 16, D. 10, 2.)

4) Der Ehemann haftet bei der Ausleihung und Verwaltung der von der Frau eingebrachten Capitalien zwar für mäßiges Versehen, doch ist bei Bestimmung des Grades der Verschuldung auf die persönlichen Fähigkeiten und Einsichten des Mannes Rücksicht zu nehmen. §§ 554 u. 555, II, 1. L.-R. (Nach röm. Recht ist der Ehemann rücksichtlich der Dos und der seiner Verwaltung überlassenen Parapherna überhaupt nur wegen culpa in concreto verantwortlich. l. 17 pr. D. 23, 3; l. ult. C. 5, 14.)

Der Vormund, welcher nach röm. Recht ebenfalls bloß für culpa in concreto haftet (l. 1 pr. D. 27, 3.), hat nach preuß. Recht mäßiges Versehen in abstracto zu vertreten. § 276, II, 18. L.-R. —

Die Abrede, daß für Dolus und grobes Versehen nicht eingestanden werden solle, im Voraus zu treffen, ist eben so wenig nach preuß., wie nach röm. Rechte gestattet. l. 23. D. 50, 17, l. 27 § 3, D. 2, 14; l. 1 § 7, D. 16, 3; l. 5 § 7, D. 26, 7; l. 17 pr. D. 13, 6.[1]); § 400, I, 16; §§ 240 u. 241, I, 20. L.-R.[2]) Im Uebrigen können die Grundsätze über die Vertretung von Versehen durch Privatwillkühr modifizirt werden.[3]) l. 5 § 2, D. 13, 6: „aut si hoc ab initio convenit ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur."

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 85, Nr. 9d.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 468.
[3]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 85.

Digitized by Google

l. 41, D. 26, 7: „tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.“ § 283, I, 5. L.-R.

Die Regeln über den Beweis der Schuld sind im preuß. und röm. Rechte nicht wesentlich verschieden. Wer für jedes Versehen haftet, muß auch nach preuß. Rechte den Zufall beweisen (erhellt z. B. aus § 241, I, 7, § 25, I, 6 u. § 447, II, 8. L.-R.); thut er dies nicht, so wird hier ebenfalls mäßiges Versehen zu präsumiren sein.

Wer dagegen in einem bestimmten obligatorischen Verhältnisse nicht für jedes Versehen aufkommt, muß das Ereigniß bezeichnen, wodurch ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich geworden und der Kläger hat alsdann nachzuweisen, daß dasselbe durch ein dem Verklagten anzurechnendes Versehen verursacht worden. (Dies folgt z. B. aus §§ 33 sq. I, 14; § 253, I, 21. L.-R.) [1] Besondere Vermuthungen für und gegen eine Verschuldung kommen im preuß. Recht bei dem Depositum und Receptum vor. Werden verschlossen oder versiegelt übergebene Sachen entfremdet oder beschädigt, und der Verwahrer beweist, daß Schloß oder Siegel ohne sein Zuthun verletzt worden, so wird bei rechtzeitig erfolgter Anzeige von der Verletzung bezüglich auf den Verwahrer Zufall vermuthet. Kann er aber einen solchen Nachweis nicht führen, oder hat er die vorgeschriebene Anzeige unterlassen, so wird präsumirt, daß der Verwahrer die Schuld trage, und der Andere, welcher die Sachen niedergelegt hat, ist auf Grund dieser Vermuthung zum Eide über den Werth der fehlenden Stücke, ja sogar über ihre Anzahl zu verstatten; zum Eide über die Anzahl jedoch nur dann, wenn er bei der Niederlegung die im Behältnisse befindlichen Sachen dem Verwahrer angezeigt hat und wenn er bescheinigt, daß er um die Zeit der geschehenen Niederlegung Sachen von dieser Art wirklich besessen habe, auch es nach seinen Verhältnissen wahrscheinlich ist, daß er die angegebene Quantität solcher Sachen besessen haben könne. §§ 28—33, I, 14; § 1736, §§ 452 sq. II, 8. L.-R. In der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis ist es streitig, ob der, welcher die einem Andern verschlossen übergebene Kiste etc. geöffnet zurückerhält, zum juramentum quasi Zenonianum ohne Weiteres oder erst nach erbrachtem halben Beweis des erlittenen Schadens sowie nur dann zu verstatten ist, wenn der erbrochene Zustand erweislich dem Verwahrer zur Last fällt. [2] (l. 1 § 41, D. 16, 3, die einzige auf den gedachten Fall sich beziehende Stelle, entscheidet diese Frage nicht.)

---

[1] Koch Lehrbuch Bd. 2. § 470.
[2] v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2 p. 521 Nr. 10; p. 793 Nr. 7.

Digitized by Google

Nach preuß. Recht ist ferner der Gastwirth für Schaden an den aufgenommenen Sachen nicht verantwortlich, wenn Letzterer erweislich durch solche äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können, verursacht worden ist. § 447, II, 8. L.-R. Dasselbe gilt wohl auch im gem. Recht[1]) (cf. l. 3 § 1, D. 4, 9). Hier greifen überhaupt bei allen Rechtsverhältnissen, in welchen der Schuldner zur custodia verpflichtet ist, folgende zwei Präsumtionen Platz: Wird die Sache entwendet, so wird culpa des Schuldners vermuthet; ist aber bei der Entwendung Gewalt gebraucht worden, so muß der Gläubiger die Nachlässigkeit des Schuldners beweisen. Ist die Sache durch einen Dritten beschädigt worden, so wird in Beziehung auf den Schuldner gleichfalls Zufall vermuthet.[2])

Endlich gilt nach preuß. Rechte in Beziehung auf unverschlossen in Verwahrung gegebene Sachen der Grundsatz, daß der Verwahrer den Zufall vollständig, also ohne zum Erfüllungseide gelassen zu werden, beweisen muß, wenn er nicht binnen 3 Tagen nach bemerktem Schaden oder Verlust dem Niederleger, event. dem Gerichte davon Nachricht gegeben hat, §§ 34—39, I, 14. L.-R. Auf Beamte jedoch, zu deren Amtspflichten auch die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, findet diese Vorschrift keine Anwendung. (Präj. des Ob.-Trib. 1331 vom 11. September 1843. Präj. pag 80.)

Vom Umfange des Schadensersatzes.

Unter Schaden (damnum) versteht hier das röm. Recht nur den nach einem Vermögenswerthe zu schätzenden Nachtheil; l. 3, D. 9, 1; l. 1 § 5. D. 9, 3,[3]) das preuß. L.-R. jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, Ehre oder seines Vermögens; § 1, I, 6. L.-R.[4]). Man theilt ihn in den gegenwärtigen und bevorstehenden (damnum infectum), wegen dessen bisweilen ein Anspruch auf Sicherstellung stattfinden kann. Für jetzt ist nur von Ersterem die Rede. Derselbe zerfällt a. in einen positiven (wirklichen Schaden, damnum emergens) und b. in einen negativen (s. g. damnum privativum oder lucrum cessans, entgangenen Gewinn.)[5]). l. 13 pr. D. 46, 8; §§ 6

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 795, Nr. 10.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 470, Note 7. v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 85 in fin.
[3]) Mühlenbruch Pandecten, Bd. 2 § 363.
[4]) Die Definition umfaßt nicht die Standesrechte.
[5]) Mühlenbruch a. a. O.

Digitized by Google

u. 12, I, 6. L.-R. Nach der Ursache seiner Entstehung ist der Schaden entweder ein unmittelbarer, mittelbarer oder zufälliger. Gemeinrechtliche Schriftsteller nennen bisweilen den unmittelbaren Schaden damnum circa rem, auch wohl directen Schaden, und den mittelbaren damnum extra rem, indirecten Schaden.[1]) Das preuß. L.-R. bezeichnet a. als unmittelbaren Schaden denjenigen, welcher durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt worden, b. als mittelbaren Schaden denjenigen, welcher zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache entstanden ist und nennt c. denjenigen mittelbaren Schaden, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorhergesehen werden konnte, zufällig. §§ 2—4, I, 6. L.-R.

Unter entgangenem Gewinn versteht das L.-R. solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftigerweise erwartet werden konnten, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre. §§ 5 und 6 a. a. O. Der Ausdruck „vollständige Genugthuung" sowie „Interesse" umfaßt sowohl den wirklichen (unmittelbaren und mittelbaren, doch nicht zufälligen[2]) Schaden als auch den entgangenen Gewinn. § 7, I, 6 und §§ 286 u. 287, I, 5 in Verb. mit § 16, I, 6 und §§ 10 u. 11 I, 3. L.-R. Der unmittelbare Schaden muß nach preuß. Recht stets ersetzt werden, wenn dem Urheber desselben irgend ein in casu concreto vertretbares Versehen zur Last fällt, (§§ 8 u. 14, I, 3; § 288, I, 5; § 15, I, 6. L.-R.), der mit-

[1]) Vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 74 sq. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 367. Die oben bemerkte Terminologie ist durchaus schwankend.

[2]) Manche Rechtslehrer beziehen den Ausdruck „vollständige Genugthuung" auch auf den zufälligen Schaden (so Bornemann preuß. Civilrecht 2. Ausg. Bd. 1 p. 123, 127 Bd. 2 p. 178.) und lassen daher auch im Falle eines Dolus und eines groben Versehens den daraus entstandenen zufälligen Schaden ersetzen. Vielleicht haben die Redactoren des L.-R. bei den §§ 7, 10 und 11, I, 6 an denjenigen Schaden gedacht, welcher zwar durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelt, aber doch eine nothwendige Folge der Handlung ist, bei § 16, I, 6 aber den wirklichen casus mixtus, d. h. den Schaden, der aus der Handlung erst durch Hinzutritt eines von ihr verschiedenen Ereignisses entstanden ist, im Sinne gehabt, sodaß bei Dolus und bei grobem Versehen auch der nicht vorherzusehende mittelbare Schaden, der jedoch eine nothwendige Folge der Handlung war, vergütet werden, der Ersatz des eigentlichen casus mixtus aber nur auf den Fall einer an sich gemißbilligten Handlung beschränkt sein sollte. cf. p. 140, Note 2. Die Definitionen des L.-R. von unmittelbarem, mittelbarem und zufälligem Schaden werden übrigens nicht überall festgehalten.

Digitized by Google

Die culpa in concreto steht also mit der culpa lata in abstracto insofern rechtlich auf gleicher Linie, als sie auch von demjenigen prästirt werden muß, welcher nur wegen culpa lata verantwortlich ist, unterscheidet sich aber von dieser und ist der levis culpa in abstracto rechtlich insofern gleichgestellt, als die Verantwortlichkeit sowohl wegen levis culpa in abstracto, als auch wegen culpa in concreto, nicht aber wegen lata culpa in abstracto, durch Privat-Disposition im Voraus gültig erlassen werden kann. l. 23, D. 50, 17; l. 5 § 7; l. 41, D. 26, 7; l. 72 § 3, D. 35, 1.[1])

Es waltet ferner zwischen der culpa in concreto in den zu 1 gedachten Fällen und der culpa in concreto desjenigen, welcher nur wegen lata culpa verhaftet ist, ein wichtiger Unterschied insofern ob, als Letztere (gleich der lata culpa) von demjenigen der sie behauptet, bewiesen werden muß, Erstere aber (gleich der levis culpa in abstracto) präsumirt wird, sobald nur eine Verletzung der obligatio erhellt.[2]) Wenn also der Deponent den Depositar, der nur wegen lata culpa in abstracto verhaftet ist, auf Grund einer von ihm begangnen culpa in concreto in Anspruch nehmen will, so muß der Deponent das Vorhandensein der culpa in concreto beweisen; wenn dagegen der Curande den Vormund wegen culpa in concreto belangt, so hat der Curande nur eine Pflichtverletzung des Vormundes darzuthun und diesem liegt, falls er die Verantwortlichkeit von sich ablehnen will, der Nachweis ob, daß er keine culpa in concreto begangen, d. i. daß im vorliegenden Falle die culpa in abstracto nicht an die culpa in concreto hinanreiche. Denn coincidiren beide — und hierfür spricht die Vermuthung — so wird er von der Vertretung nicht frei. Der eben erörterte Unterschied führt auf die Frage, wie überhaupt die Beweislast in Ansehung der culpa und des dolus zu reguliren sei? Hier ist zunächst zu bemerken, daß dolus immer bewiesen werden muß. l. 6, C. 2, 21.[3]) (Doch ist dies streitig.)

Was die culpa (mit Ausschluß des dolus) anlangt, so ist zu unterscheiden zwischen der aquilischen culpa und derjenigen, welche sich lediglich als Verletzung einer schon bestehenden obligatio darstellt. Bei der Ersteren genügt der Beweis, daß überhaupt ein Factum des Andern die Verletzung (injuria) bewirkte, da der ganze Umfang der Thätigkeit, soferne sie eine Beschädigung

---

[1]) Hasse Culpa §§ 60 u. 61. v. Wening Ingenheim (Lehre vom Schadensersatze § 79) will die culpa in concreto durchweg auf gleichem Fuße mit der culpa lata behandelt wissen.

[2]) Hiernach ist wiederum die culpa in concreto bald der lata, bald der levis culpa in abstracto gleichgestellt. Hasse Culpa § 56.

[3]) v. Wening Ingenheim Lehre vom Schadensersatz § 43.

Digitized by Google

erzeugt, zum Verschulden gehört, bis eine Beschränkung, daß nämlich bloßer Zufall in der Handlung lag, oder daß das Versehen auch dem Achtsamsten und Sorgsamsten begegnen, also nimmer zugerechnet werden könne, nachgewiesen ist.[1])

Hinsichtlich der Letztern ist wieder zu unterscheiden, ob in dem Verhältnisse omnis culpa oder nur dolus und grobes Versehen zu vertreten ist. In diesem Falle muß auch die culpa lata bewiesen werden; doch kann der Beweis nur durch Thatsachen geführt werden, aus welchen der Richter abstrahirt, daß jener Grad der culpa anzunehmen sei. Ist dagegen in dem obligatorischen Verhältnisse omnis culpa zu vertreten, so reicht es hin, den Fehler oder Mangel oder die Verletzung in der pflichtmäßigen Leistung (objectiv) darzuthun, indem alsdann culpa levis vermuthet wird, und dem debitor, wenn er dem Anspruch entgehen will, der Beweis obliegt, daß entweder gar kein Versehen, oder nur ein solches, für welches auch der Fleißigste nicht hafte, oder welches er — soferne die Gesetze diese Entschuldigung zulassen, in eignen Sachen ebenso zu begehen pflege, vorliege.[2]) Immer aber wird, wie gesagt, nur culpa levis vermuthet; behauptet der Verletzte culpa lata, um zum Würderungseide — von welchem weiter unten gehandelt werden wird — verstattet zu werden, so muß er das Vorhandensein eines grob en Versehens durch Beibringung von Thatsachen, aus welchen sich ein solches entnehmen läßt, beweisen.[3])

Schließlich ist noch mit einigen Worten der „custodia" zu gedenken.

Unter custodia (im technischen Sinne) versteht man nämlich nichts weiter als die auf Schutz einer Sache gerichtete diligentia — diligentia in custodiendo, diligentia ad rem custodiendam adhibita. Sie ist somit eine species der diligentia und es kann daher von einer Verpflichtung, custodiam zu prästiren, nur in obligatorischen Verhältnissen z. B. beim Ususfructus, Mandat ꝛc. die Rede sein.[4]) Controvers ist es, ob der, welcher custodiam prästiren muß, für die geschehene Entwendung der Sache schlechthin einsteht? Die Frage wird vom geschriebenen Recht bejaht bei ausdrücklicher Uebernahme der custodia § 3, J. 3, 23; bei dem Depositar werden von der durch ihn besonders übernommenen custodia nur die casus fortuiti ausgenommen l. 1 § 35. D. 16, 3; der Pfandgläubiger, der Miether haftet nicht, wenn die Sache ohne seine Schuld entwendet worden ist l. 14 § 6 u.

[1]) v. Wening Ingenheim a. a. O. § 55.
[2]) v. Wening Ingenheim a. a. O. § 85. Puchta Pandecten § 267.
[3]) Puchta Vorles. Bd. 2. p. 19 (§ 226).
[4]) Hasse Culpa § 76.

Digitized by Google

b. ein mäßiges Versehen ein solches, welches ein Mensch mit gewöhnlichen Fähigkeiten bei demjenigen Grade von Aufmerksamkeit vermeiden konnte, den ein ordentlicher Hausvater in seinen eignen Angelegenheiten gewöhnlich anwendet; § 20, I, 3 in Verb. mit §§ 275 u. 276, II, 18. L.-R.[1]), und

c. ein geringes Versehen ein solches, welches ein Mensch von gewöhnlichen Fähigkeiten nur bei einer ungewöhnlichen Anstrengung der Aufmerksamkeit oder das nur ein mit vorzüglichen Fähigkeiten oder einer besondern Kenntniß der Sache, beziehungsweise des Geschäfts begabter Mensch vermeiden konnte; § 22, I, 3. L.-R.

Die Prästation von culpa in abstracto bildet die Regel (§ 24, I, 3. L.-R.) und zwar muß vertreten werden:

A. auch geringes Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit insbesondere

a. von demjenigen, der aus dem Vertrage allein Vortheil zu erwarten hat, § 279, I, 5. L.-R.

b. von dem, welcher eine Handlung übernommen hat, die besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzt, § 281 h. t.

c. von dem, welcher sich fremden Geschäften nur in der Absicht, den Vortheil des Eigenthümers dadurch zu befördern, ohne Auftrag unterzieht, § 245, I, 13. L.-R.

d. von demjenigen, dessen Verbindlichkeit unmittelbar aus dem Gesetze entsprungen ist, § 13, I, 16. L.-R.[2])

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio

a. von dem, der eine Handlung vornimmt, die schon an sich von den Gesetzen gemißbilligt oder verboten ist, § 13, I, 3; § 16 u. 26, I, 6. L.-R.

b. von dem, welchen die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten oder Kenntnisse oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden; § 23, I, 3. L.-R.[3])

B. nur Dolus, grobes und mäßiges Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit

von jedem Interessenten einer Obligation, welche nach ihrer Natur für beide Theile Vortheil bezweckt; § 278, I, 5. L.-R. Diese Regel erleidet jedoch zweierlei Ausnahmen, indem in einigen Verhältnissen nur diligentia suis rebus consueta und in einigen andern die größte Sorgfalt von einer Seite geleistet werden muß[4])

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 142.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 468.
[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1. § 143.
[4]) Die erste Ausnahme beruht, wie Koch sagt, auf der freien Eingehung in ein dauerndes Verhältniß mit der bestimmten Person und in der

Digitized by Google

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio von jedem, dessen Handlung zwar an sich erlaubt, jedoch nicht die Ausübung eines Rechts ist; §§ 8, 12, 36 u. 37, I, 6. L.-R.

C. nur Dolus und grobes Versehen

1) bei Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit von dem Theile, welcher aus dem Rechtsverhältnisse naturgemäß gar keinen Vortheil hat; § 280, I, 5. L.-R. Auch diese Regel erleidet Ausnahmen, indem bisweilen ein geringeres Versehen (z. B. bei der Tutel, dem Mandat und der negotiorum gestio, § 276, II, 18; §§ 55 sq. I, 13; § 245, I, 13. L.-R.) oder culpa in concreto vertreten werden muß (so beim Mandat und Depositum; § 55, I, 13; §§ 11 sq. I, 14. L.-R.)

2) ohne Rücksicht auf eine schon bestehende obligatio von demjenigen, dessen Handlung die Ausübung eines Rechts ist; §§ 36 u. 37, I, 6. L.-R. (Ist streitig. [1])

Auch in dem Verhältnisse des Vindicationsbeklagten kommen nach preuß. Recht verschiedene Grade der culpa in Betracht; so haftet der unredliche Besitzer auch für geringes, der unrechtfertige Besitzer für mäßiges, der redliche Besitzer nur für Dolus und grobes Versehen (§§ 240 u. 219, I, 7. L.-R.), während im röm. Recht insofern keine Grade hervortreten, als der unredliche Besitzer für jedes Versehen, der redliche aber vor der Litiscontestation für gar keins und nach der Litiscontestation ebenfalls für ein jedes haftet. l. 45, D. 6, 1;[2] l. 31 § 3, D. 5, 3. —

Culpa in concreto kennt das preuß. Civilrecht[3] nur in folgenden Fällen:

1) Der Mandatar ist bei Vollziehung des unentgeltlich übernommenen Auftrags zu demjenigen Grade des Fleißes und der Aufmerksamkeit verpflichtet, welchen er in seinen eignen Geschäften

dadurch erklärten Zufriedenheit mit ihren Gaben und Gewohnheiten. Sie findet sich bei dem Gesellschaftsverhältnisse, jedoch mit Ausschluß der communio incidens) und bei der Verwaltung der eingebrachten Kapitalien dnrch den Ehemann. § 211, I, 17; §§ 554 u. 555, II, 1. L.-R. Die andre Ausnahme beruht auf dem Bedürfnisse der Sicherung von Person und Eigenthum in Lebensverhältnissen, wo der eine Theil ganz in der Hand des Andern ist und besteht darin, daß dieser andere Theil auch das geringste Versehen vertreten muß. Sie kommt vor bei dem Receptum der Sachen eines Reisenden von Seiten des Gastwirths, bei dem Frachtcontracte mit Lohnfuhrleuten und mit Schiffern. §§ 447, 1734—1737, 2459, II, 8. L.-R. Koch Lehrbuch Bd. 2. § 469. Auch im röm. Recht ist die Haftung der Gastwirthe, Lohnfuhrleute und Schiffer besonders streng. v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 789 sq.

[1]) Vergl. Koch Lehrbuch Bd. 1. § 143 und Bornemann Civilrecht Bd. 2 p. 175 sq.

[2]) Das Streitige in dieser Lehre wird bei der Theorie des Besitzes erörtert werden.

[3]) Im Criminalrecht kommt immer nur culpa in concreto in Betracht. § 25, I, 3. L.-R.

Digitized by Google

derselben Art anzuwenden pflegt. § 55, I, 13. L.-R. (Nach röm. Recht haftet der Mandatar stets für culpa levis in abstracto. l. 13, C. 4, 35; l. 23, D. 50, 17.)

2) Der Depositar ist nur verpflichtet, die ihm anvertraute Sache mit eben dem Fleiße zu verwahren, als er es bei seinen eigenen Sachen von gleicher Art zu thun pflegt. Kann hiernach der Grad seiner Verantwortlichkeit nicht abgemessen werden, so haftet er nur für ein grobes Versehen. §§ 11 u. 12, I, 14. L.-R. (Nach röm. Recht haftet der unbelohnte Depositar für culpa lata, doch wird auch eine von ihm begangene negligentia in suis rebus non consueta durch Gleichstellung mit Dolus zur Prästation gebracht. l. 5 § 2, D. 13, 6; l. 23, D. 50, 17; l. 32, D. 16, 3.)

3) Gesellschafter sind bei dem Betriebe des gemeinschaftlichen Gewerbes zu demjenigen Grade von Fleiß und Aufmerksamkeit verpflichtet, den ein Jeder in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt. § 211, I, 17. L.-R. (Nach röm. Recht ist nicht blos bei der societas, sondern auch bei der communio incidens die Haftung auf culpa in concreto beschränkt. l. 72. D. 17, 2; l. 25 § 16, D. 10, 2.)

4) Der Ehemann haftet bei der Ausleihung und Verwaltung der von der Frau eingebrachten Capitalien zwar für mäßiges Versehen, doch ist bei Bestimmung des Grades der Verschuldung auf die persönlichen Fähigkeiten und Einsichten des Mannes Rücksicht zu nehmen. §§ 554 u. 555, II, 1. L.-R. (Nach röm. Recht ist der Ehemann rücksichtlich der Dos und der seiner Verwaltung überlassenen Parapherna überhaupt nur wegen culpa in concreto verantwortlich. l. 17 pr. D. 23, 3; l. ult. C. 5, 14.)

Der Vormund, welcher nach röm. Recht ebenfalls bloß für culpa in concreto haftet (l. 1 pr. D. 27, 3.), hat nach preuß. Recht mäßiges Versehen in abstracto zu vertreten. § 276, II, 18. L.-R. —

Die Abrede, daß für Dolus und grobes Versehen nicht eingestanden werden solle, im Voraus zu treffen, ist eben so wenig nach preuß., wie nach röm. Rechte gestattet. l. 23. D. 50, 17, l. 27 § 3, D. 2, 14; l. 1 § 7, D. 16, 3; l. 5 § 7, D. 26, 7; l, 17 pr. D. 13, 6.[1]); § 400, I, 16; §§ 240 u. 241, I, 20. L.-R.[2]) Im Uebrigen können die Grundsätze über die Vertretung von Versehen durch Privatwillkühr modifizirt werden.[3]) l. 5 § 2, D. 13, 6: „aut si hoc ab initio convenit ut et culpam et periculum praestet is, penes quem deponitur.“

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 85, Nr. 9d.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 468.
[3]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 85.

Digitized by Google

l. 41, D. 26, 7: „tutor enim legatarius ex culpa, quae testamento remissa est, non tenetur.“ § 283, I, 5. L.-R.

Die Regeln über den Beweis der Schuld sind im preuß. und röm. Rechte nicht wesentlich verschieden. Wer für jedes Versehen haftet, muß auch nach preuß. Rechte den Zufall beweisen (erhellt z. B. aus § 241, I, 7, § 25, I, 6 u. § 447, II, 8. L.-R.); thut er dies nicht, so wird hier ebenfalls mäßiges Versehen zu präsumiren sein.

Wer dagegen in einem bestimmten obligatorischen Verhältnisse nicht für jedes Versehen aufkommt, muß das Ereigniß bezeichnen, wodurch ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeit unmöglich geworden und der Kläger hat alsdann nachzuweisen, daß dasselbe durch ein dem Verklagten anzurechnendes Versehen verursacht worden. (Dies folgt z. B. aus §§ 33 sq. I, 14; § 253, I, 21. L.-R.)[1] Besondere Vermuthungen für und gegen eine Verschuldung kommen im preuß. Recht bei dem Depositum und Receptum vor. Werden verschlossen oder versiegelt übergebene Sachen entfremdet oder beschädigt, und der Verwahrer beweist, daß Schloß oder Siegel ohne sein Zuthun verletzt worden, so wird bei rechtzeitig erfolgter Anzeige von der Verletzung bezüglich auf den Verwahrer Zufall vermuthet. Kann er aber einen solchen Nachweis nicht führen, oder hat er die vorgeschriebene Anzeige unterlassen, so wird präsumirt, daß der Verwahrer die Schuld trage, und der Andere, welcher die Sachen niedergelegt hat, ist auf Grund dieser Vermuthung zum Eide über den Werth der fehlenden Stücke, ja sogar über ihre Anzahl zu verstatten; zum Eide über die Anzahl jedoch nur dann, wenn er bei der Niederlegung die im Behältnisse befindlichen Sachen dem Verwahrer angezeigt hat und wenn er bescheinigt, daß er um die Zeit der geschehenen Niederlegung Sachen von dieser Art wirklich besessen habe, auch es nach seinen Verhältnissen wahrscheinlich ist, daß er die angegebene Quantität solcher Sachen besessen haben könne. §§ 28—33, I, 14; § 1736, §§ 452 sq. II, 8. L.-R. In der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis ist es streitig, ob der, welcher die einem Andern verschlossen übergebene Kiste etc. geöffnet zurückerhält, zum juramentum quasi Zenonianum ohne Weiteres oder erst nach erbrachtem halben Beweis des erlittenen Schadens sowie nur dann zu verstatten ist, wenn der erbrochene Zustand erweislich dem Verwahrer zur Last fällt.[2] (l. 1 § 41, D. 16, 3, die einzige auf den gedachten Fall sich beziehende Stelle, entscheidet diese Frage nicht.)

---

[1] Koch Lehrbuch Bd. 2. § 470.
[2] v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2 p. 521 Nr. 10; p. 793 Nr. 7.

Digitized by Google

Nach preuß. Recht ist ferner der Gastwirth für Schaden an den aufgenommenen Sachen nicht verantwortlich, wenn Letzterer erweislich durch solche äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können, verursacht worden ist. § 447, II, 8. L.-R. Dasselbe gilt wohl auch im gem. Recht[1]) (cf. l. 3 § 1, D. 4, 9). Hier greifen überhaupt bei allen Rechtsverhältnissen, in welchen der Schuldner zur custodia verpflichtet ist, folgende zwei Präsumtionen Platz: Wird die Sache entwendet, so wird culpa des Schuldners vermuthet; ist aber bei der Entwendung Gewalt gebraucht worden, so muß der Gläubiger die Nachlässigkeit des Schuldners beweisen. Ist die Sache durch einen Dritten beschädigt worden, so wird in Beziehung auf den Schuldner gleichfalls Zufall vermuthet.[2])

Endlich gilt nach preuß. Rechte in Beziehung auf unverschlossen in Verwahrung gegebene Sachen der Grundsatz, daß der Verwahrer den Zufall vollständig, also ohne zum Erfüllungseide gelassen zu werden, beweisen muß, wenn er nicht binnen 3 Tagen nach bemerktem Schaden oder Verlust dem Niederleger, event. dem Gerichte davon Nachricht gegeben hat, §§ 34—39, I, 14. L.-R. Auf Beamte jedoch, zu deren Amtspflichten auch die Aufbewahrung von Sachen oder Geldern gehört, findet diese Vorschrift keine Anwendung. (Präj. des Ob.-Trib. 1331 vom 11. September 1843. Präj. pag 80.)

Vom Umfange des Schadensersatzes.

Unter Schaden (damnum) versteht hier das röm. Recht nur den nach einem Vermögenswerthe zu schätzenden Nachtheil; l. 3, D. 9, 1; l. 1 § 5. D. 9, 3,[3]) das preuß. L.-R. jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, Ehre oder seines Vermögens; § 1, I, 6. L.-R.[4]). Man theilt ihn in den gegenwärtigen und bevorstehenden (damnum infectum), wegen dessen bisweilen ein Anspruch auf Sicherstellung stattfinden kann. Für jetzt ist nur von Ersterem die Rede. Derselbe zerfällt a. in einen positiven (wirklichen Schaden, damnum emergens) und b. in einen negativen (s. g. damnum privativum oder lucrum cessans, entgangenen Gewinn.)[5]). l. 13 pr. D. 46, 8; §§ 6

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2. p. 795, Nr. 10.
[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2. § 470, Note 7. v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 85 in fin.
[3]) Mühlenbruch Pandecten Bd. 2 § 363.
[4]) Die Definition umfaßt nicht die Standesrechte.
[5]) Mühlenbruch a. a. O.

Digitized by Google

u. 12, I, 6. L.-R. Nach der Ursache seiner Entstehung ist der Schaden entweder ein unmittelbarer, mittelbarer oder zufälliger. Gemeinrechtliche Schriftsteller nennen bisweilen den unmittelbaren Schaden damnum circa rem, auch wohl directen Schaden, und den mittelbaren damnum extra rem, indirecten Schaden.[1]) Das preuß. L.-R. bezeichnet a. als unmittelbaren Schaden denjenigen, welcher durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt worden, b. als mittelbaren Schaden denjenigen, welcher zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache entstanden ist und nennt c. denjenigen mittelbaren Schaden, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorhergesehen werden konnte, zufällig. §§ 2—4, I, 6. L.-R.

Unter entgangenem Gewinn versteht das L.-R. solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen vernünftigerweise erwartet werden konnten, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre. §§ 5 und 6 a. a. O. Der Ausdruck „vollständige Genugthuung" sowie „Interesse" umfaßt sowohl den wirklichen (unmittelbaren und mittelbaren, doch nicht zufälligen[2]) Schaden als auch den entgangenen Gewinn. § 7, I, 6 und §§ 286 u. 287, I, 5 in Verb. mit § 16, I, 6 und §§ 10 u. 11 I, 3. L.-R. Der unmittelbare Schaden muß nach preuß. Recht stets ersetzt werden, wenn dem Urheber desselben irgend ein in casu concreto vertretbares Versehen zur Last fällt, (§§ 8 u. 14, I, 3; § 288, I, 5; § 15, I, 6. L.-R.), der mit-

[1]) Vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 74 sq. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 367. Die oben bemerkte Terminologie ist durchaus schwankend.

[2]) Manche Rechtslehrer beziehen den Ausdruck „vollständige Genugthuung" auch auf den zufälligen Schaden (so Bornemann preuß. Civilrecht 2. Ausg. Bd. 1 p. 123, 127 Bd. 2 p. 178.) und lassen daher auch im Falle eines Dolus und eines groben Versehens den daraus entstandenen zufälligen Schaden ersetzen. Vielleicht haben die Redactoren des L.-R. bei den §§ 7, 10 und 11, I, 6 an denjenigen Schaden gedacht, welcher zwar durch individuelle Umstände und Verhältnisse vermittelt, aber doch eine nothwendige Folge der Handlung ist, bei § 16, I, 6 aber den wirklichen casus mixtus, d. h. den Schaden, der aus der Handlung erst durch Hinzutritt eines von ihr verschiedenen Ereignisses entstanden ist, im Sinne gehabt, sodaß bei Dolus und bei grobem Versehen auch der nicht vorherzusehende mittelbare Schaden, der jedoch eine nothwendige Folge der Handlung war, vergütet werden, der Ersatz des eigentlichen casus mixtus aber nur auf den Fall einer an sich gemißbilligten Handlung beschränkt sein sollte. cf. p. 140, Note 2. Die Definitionen des L.-R. von unmittelbarem, mittelbarem und zufälligem Schaden werden übrigens nicht überall festgehalten.

Digitized by Google

telbare in der Regel nur dann, wenn er vorausgesehen worden oder doch vorausgesehen werden konnte und durch ein mindestens mäßiges Versehen verursacht worden, §§ 8, 10, 11, I, 3; § 15, I, 6. L.-R.; der entgangne Gewinn in der Regel nur bei Dolus und grobem Versehen. § 285, I, 5; §§ 10 u. 11, I, 6. L.-R. Ausnahmsweise wird vollständige Genugthuung auch in folgenden Fällen geleistet: 1) bei Verträgen wegen eines mäßigen oder geringen Versehens a. von Kunst- und Sachverständigen (§ 289, I, 5. L.-R.) b. von dem, der gewarnt worden, daß von seiner Handlung oder Unterlassung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den Andern abhängen (§ 290, I, 5. L.-R.) und c. von dem, welcher eine Handlung, zu deren Unterlassung er sich ausdrücklich verpflichtet hatte, begeht (§ 291, I, 5. L.-R.) (doch ist dieser allgemeine Satz nicht zur Anwendung gebracht § 890, I, 11. L.-R.) 2) bei Beschädigungen außer dem Falle eines Vertrages wegen eines mäßigen Versehens insoweit, als der entgangne Gewinn durch den gewöhnlichen Gebrauch erlangt worden sein würde, wenn die Kränkung unterblieben wäre, §§ 12 u. 13, I, 6. L.-R.

Im röm. Recht hat auf den Umfang des Schadenersatzes der Grad der culpa keinen Einfluß, indem hier regelmäßig der gesammte Nachtheil — directer und indirecter Schaden wie entgangner Gewinn, ersetzt werden muß [1]). Doch wird nur derjenige indirecte Schaden (damnum extra rem) erstattet, an welchem die nachtheilige Handlung einzig ausschließliche Ursache war. [2]) Dahin gehört unter Andern der verminderte Werth solcher Dinge, welche an sich nicht beschädigt sind, z. B. si ex pari

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 366. v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 171 sq. Manche Rechtslehrer — darunter Glück (Pand. Comm. IV. p. 447) und Koch (Recht der Forderungen I p. 305) lassen jedoch in obligatorischen Verhältnissen den entgangnen Gewinn auch nach röm. Recht nur im Falle eines dolus, einer culpa lata oder contumacia ersetzen. Vergl. hierüber v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2 p. 77. v. Vangerow Pandecten Bd. 3, p. 42.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 367, v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 172. v. Holzschuher Theorie Bd. Abth. 2 p. 982 Nr. 4. Der mittelbare Schaden, welcher nicht eine nothwendige Folge der Handlung, sondern erst durch das Hinzutreten eines andern davon verschiedenen Ereignisses herbeigeführt ist, braucht nur in gewissen Fällen erstattet zu werden (cf. p. 147). Dagegen wird derjenige Schaden, welcher zwar durch individuelle Umstände und Verhältnisse z. B. eine besondere Beschaffenheit der beschädigten Sache vermittelt, aber doch eine nothwendige Folge der Handlung ist, auch dann vergütet, wenn er von dem Beschädiger gar nicht vorhergesehen werden konnte. cf. z. B. l. 22 pr. D. 9. 2. Nur der Schaden der ersten Art gilt nach röm. Rechtsansicht für zufällig (casus mixtus), nicht auch der Schaden der letztern Art, welchen das L.-R (§ 4, I, 6) ebenfalls einen zufälligen nennt.

Digitized by Google

mularum una occisa est; l. 22 § 1. D. 9, 2, ferner Kur- und Versäumnißkosten; l. 24, 27 § 17 D. 9, 2; sowie Nachtheile, die daraus erwachsen, daß man die wegen der verlornen oder beschädigten Sache eingegangenen Verbindlichkeiten nun nicht erfüllen kann; l. 22 pr. l. 55. D. 9, 2. Ebenso braucht nur dasjenige lucrum cessans ersetzt zu werden, welches ohne die Dazwischenkunft ganz ungewöhnlicher und deßhalb nicht in Anschlag zu bringender Ereignisse sicher erlangt worden wäre, wenn die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung nicht stattgefunden hätte. Es darf also nichts Ungewisses, kein auf bloß trügliche Hoffnung gebauter Gewinn in Anschlag kommen.[1]) Deshalb ist, wenn den Fischern die Netze zerrissen werden, nur der Werth der Netze, aber nicht der Werth der damit möglicher Weise zu fangen gewesenen Fische zu ersetzen; l. 29 § 3. D. 9, 2; ebensowenig kommt eine entgangne Erbschaft, so lange der letzte Wille noch widerruflich war, in Anschlag; l. 23 § 2. D. 9, 2. Wohl aber gehören zu diesem Gewinne Früchte, die ich nach dem Laufe der Natur hätte beziehen können und die mir durch das widerrechtliche Factum nun entrissen sind, sowie andre Vortheile, von deren Erlangung mich die Beschädigung abhielt und die ich ebenfalls nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge sicher erhalten hätte; l. 2 § ult. D. 13, 4; l. 33 in fin. D. 19, 2; l. 13 pr. l. 18 D. 46, 8; l. 21 §§ 3 u. 4 D. 25, 2; l. 1. C. 7, 47.

In der röm. Rechtssprache umfaßt der Ausdruck „quanti mea oder ejus interest" („Interesse") ebenfalls positiven und negativen Schaden („quantum mihi abest, quantumque lucrari potui") l. 13, D. 46, 8. In den Fällen, in denen der Werth der Sache von dem Interesse gesondert wird, bezeichnet man sehr oft den Ersteren mit „aestimatio" und „quanti ea res est". l. 1 § 4, D. 2, 3; l. 4 § 11, D. 47, 8.

Vergleichen wir die vorgetragenen röm. und preuß. Rechtsregeln über den Umfang des Schadensersatzes, so erhellt, daß das röm. Recht zwar im Allgemeinen den Schaden in einem weitern Umfange ersetzen läßt, als das preuß. Recht, indem Ersteres die Grade des Versehens nicht berücksichtigt, vielmehr auch bei dem geringsten vertretbaren Versehen vollständige Genugthuung fordert; daß jedoch die Verbindlichkeit zum Ersatze des entgangenen Gewinns nach röm. Recht insofern eine mildere ist als nach preuß. Recht, als Ersteres dem entgangenen Gewinn offenbar weit engere und bestimmtere Grenzen zieht, wie das preuß. L.-R.

Nicht immer ist aber auch im röm. Rechte das volle In-

[1]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 174. v. Holzschuher a. a. O.

Digitized by Google

tereſſe zu erſetzen; denn die Verpflichtung zum Schadenserſatze beruht ſowohl hier wie im preuß. Rechte häufig auf andern Gründen als auf einer zu vertretenden culpa. Bisweilen iſt, wenn die Verbindlichkeit zum Schadenserſatz lediglich ex lege entſpringt, nach röm. Recht entweder das Aequivalent aufzugeben oder zu reſtituiren (l. 19 § 1 in fin D. 19, 2.) oder der reine Sachwerth zu erſetzen (l. 112 § 1, D. de leg. 1.), falls nicht eine geringere (cf. l. 2 § 4, l. 4 § 2, D. 14, 2.) oder höhere Erſatz-Verbindlichkeit (cf. l. 1 pr. D. 9, 3.) geſetzlich beſtimmt iſt.[1]) — Häufig hat der Verpflichtete nach beiden Rechten nur die Bereicherung zu reſtituiren; dieſer geringſte Grad der Verpflichtung zum Schadenserſatze kommt namentlich da vor, wo die Entſchädigungsverbindlichkeit blos auf dem Billigkeitsgrundſatze beruht, daß Niemand ſich mit dem Schaden eines Andern ohne deſſen Willen bereichern darf. l. 3 § 4, D. 3, 5; l. 5 § 3, l. 6, D. 15, 3. § 264, I, 13. L.-R. Endlich erleidet im röm. Recht bei den Noxalklagen die Verpflichtung des in Anſpruch genommenen durch das Recht der noxae datio eine bedeutende Milderung. Pr. J. 4, 8.

Nach röm. Rechte kann nicht nur ſtatt des Intereſſes ſondern auch neben demſelben eine Conventionalſtrafe verabredet werden, l. 115 § 2, D. 45, 1, anders nach preuß. Recht, wo ſie immer nur die Stelle des Intereſſes vertreten kann. §§ 292 sq. I, 5. L.-R.

Ueberhaupt kommen im röm. Recht häufig Privatſtrafen vor. Dieſelben bezwecken entweder dem Beſchädigten lediglich einen Gewinn zu verſchaffen (ſo bei den actiones mere poenales) und ſtehen dann im Gegenſatze des wirklichen Schadenserſatzes oder ſie wollen zugleich Letzteren umfaſſen (ſo bei den vermiſchten Strafklagen) und ſind gewiſſermaßen ein leichterer Weg, dem Kläger zum vollen Erſatz ſeines Schadens zu verhelfen, allerdings auf die Gefahr hin, den Betrag des Schadens zu überſchreiten.[2]) Die Privatſtrafen können auf das Doppelte, Dreifache oder Vierfache des wahren Schadenswerthes gerichtet ſein, oder auch in andern Nachtheilen beſtehen.[3])

Die heutige Anwendbarkeit der Privatſtrafen iſt ſehr beſtritten. Man muß wohl annehmen, daß da, wo der Privatſtrafe keine öffentliche Strafe ſubſtituirt und die Aufhebung derſelben auch nicht aus einem beſondern Verfaſſungsgrunde zu folgern iſt, nach gem. Recht eine Privatſtrafe noch jetzt gefordert werden kann.[4])

Im preuß. Rechte kommen Privatſtrafen nur vor: a. bei

---

[1]) Mühlenbruch Pandekten Th. II. § 366.
[2]) Puchta Pandekten § 230.
[3]) Mühlenbruch Pandekten § 350, insbeſondere Note 9 und 10.
[4]) v. Holzſchuher Theorie Bd. 2 Abth. 2. p. 89, § 4.

Digitized by Google

Forstdefraudationen (Ges. v. 7. Juni 1821), b. bei Ehescheidungen und dem ungerechtfertigten Rücktritte von einem Ehegelöbnißvertrage, §§ 783 u. 112, II, 1. L.-R.; c. bei Beschädigungen durch Vieh; §§ 8 u. 11 der Feldpolizei-Ord. v. 1. Nov. 1847, d. ob bei dem Erbzinsvertrage, wenn der Laudemialberechtigte durch Simulation einer geringeren Kaufsumme bevortheilt worden, die § 725, I, 18. L.-R. bestimmte Strafe noch jetzt zu entrichten, ist zweifelhaft; nachdem durch das Gesetz vom 2. März 1850 das Obereigenthum mit Vorbehalt der Abgabe aufgehoben und dem Erbzinsmanne das volle Eigenthum beigelegt ist, läßt sich, wie Koch[1]) bemerkt, der Wegfall jener Strafbestimmung, als eines Ausflusses der Oberherrlichkeit, außer der vorbehaltenen Abgabe behaupten. Ebenso ist es zweifelhaft, ob c. bei Körperverletzungen, die Personen des Bauer- oder gemeinen Bürgerstandes aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt sind, noch jetzt Schmerzensgeld gefordert werden kann (§§ 112 u. 114, I, 6. L.-R.), nachdem verfassungsmäßig in Preußen Standesunterschiede nicht mehr in Betracht kommen. Art. 4 der Verf.-Urk. v. 31. Jan. 1850.

Uebrigens ist gemeinrechtlich ein Anspruch auf Schmerzensgeld ebenfalls hergebracht, cf. C. C. C. Art. 20.[2])

Der zufällige Schaden (damnum casuale) ist entweder ein solcher, wobei gar keine menschliche Handlung mitgewirkt hat, oder ein solcher, welcher zwar durch Mitwirkung einer menschlichen Handlung entstanden ist, jedoch außer den Grenzen einer imputablen Schuld des Handelnden liegt. — Ein Zufall (casus) der erstern Art wird häufig durch „casus fortuitus, vis major, damnum fatale, casus majores, fortuna" bezeichnet Cf. z. B. § 2, J. 3, 14; l. 1 § 4 D. 44, 7; l. 1 § 11, D. 27, 8; l. 36, D. 19, 2.

Die zufälligen Unglücksfälle, die eine Person oder Sache treffen, heißen periculum in der engern Bedeutung dieses Worts,[3]) und von dem, der sie trägt, sagt man „periculum praestat", d. i. in der landrechtlichen Sprache: „er trägt die Gefahr". Cf. §§ 95, 105, 117, 131, I, 11. L.-R. Man theilt dies periculum in peric. deteriorationis, insofern der Zufall die Qualität der Sache bloß verdirbt, und in peric. interitus,

---

[1]) Koch Privatrecht (2. Ausg.) Bd. 2, § 478, Note 3.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 984.

[3]) In der weiteren Bedeutung heißt periculum das Risico einer Sache, aller Vortheil und Nachtheil; in einem andern Sinne wird periculum auch noch von dem gebraucht, der zur custodia verpflichtet ist, und schließt hier nur einen Theil des casus, nicht diesen ganz in sich. Hasse Culpa §§ 76 — 78. v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 56, Note 5; § 141.

Digitized by Google

wenn er die ganze Sache vernichtet. l. 1 pr., l. 4 pr. § 1, D. 18, 6; §§ 117 und 120, I, 11. L.-R.[1])

Ferner unterscheidet man casus soliti, insoliti und insolitissimi.[2]) Viele halten diese Eintheilung für werthlos. Sie tritt im L.-R. unter Andern in den §§ 478 und 479, 535, I, 21 hervor.

In Beziehung auf die Frage: wer den zufälligen Schaden tragen muß, lassen sich aus den Quellen des röm. Rechts zwei Regeln abstrahiren, welche, anscheinend dasselbe sagend, einander doch im Erfolge häufig widersprechen. Die eine Regel: „casum sentit dominus“[3]) (§ 2 J. 3, 14) gilt namentlich da, wo die zufällige Beschädigung auf kein schon bestehendes obligatorisches Verhältniß Bezug hat. Die andre Regel: „casus non praestatur“ (l. 23 in fin. D. 50, 17; l. 18 pr. D. 13, 6), verbunden mit dem Satze: „impossibilium nulla est obligatio“ führt in obligatorischen Verhältnissen zu dem Prinzipe: „creditoris est rei periculum seu damnum“.[4]) Ist daher das Geben (dare, tradere) einer individuell bestimmten Sache Gegenstand eines zweiseitig onerosen Vertrages, so wird nach röm. Recht durch den zufälligen Untergang der Sache der, welcher sie zu leisten hatte, nicht aber der andere Contrahent von seiner Leistungsverbindlichkeit frei. „Species debita casu perit ei, cui debetur“. — „Debitor speciei liberatur rei interitu“. § 3 J. 3, 23; l. 34 § 6, D. 18, 1; l. 5 § 2 D. 18, 5; l. 4—6, C. 4, 48; l. 7 pr. l. 8 pr. D. 18, 6. Ebenso trifft das periculum deteriorationis den creditor. l. 2, C. 4, 48.[5]) Eine Ausnahme, doch nur in Beziehung auf das periculum interitus, gilt bei der Sachmiethe und bei solchen obligationes faciendi, welche ein durch einen bestimmten Zeitraum dauerndes Rechtsverhältniß begründen;[6]) rücksichtlich des periculum deteriorationis bleibt es bei der Regel: „creditoris est rei periculum“.[7]) l. 19 § 6, l. 27 pr., l. 30 pr. § 1 D. 19, 2. Das preuß. L.-R. hat den Grundsatz: „casum sentit dominus“ selbst bei zweiseitig onerosen, auf das Geben einer species gerichteten

---

[1]) v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 141.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. 1, § 140.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365.

[4]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 466. Recht der Forderungen Bd. 1, p. 194. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 244 sq.

[5]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 246, Note ††. von Wening Ingenheim Schadenersatz § 143 in fin. (p. 246).

[6]) So Koch Lehrbuch Bd. 2, § 466. Siehe dagegen v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 247, welcher bei den auf Leistung eines Facti gerichteten Verträgen den Satz vertheidigt: „casum sentire debet is, in cujus persona ille contingit“.

[7]) Anderer Meinung ist hier v. Bangerow Pandecten Th. 3, p. 224.

Digitized by Google

Verträgen zur Anwendung gebracht. Es gilt daher hier — abweichend vom röm. Recht — die Regel: zufällige Unmöglichkeit vernichtet den Vertrag (§§ 364 und 365, I, 5; § 100, I, 11; §§ 299—308, I, 21) und zwar hat zufällige Verschlechterung dieselbe Wirkung wie der zufällige Untergang. Denn der Gläubiger ist nicht schuldig, die bedungene Sache in einem ohne seine Schuld verschlechterten Zustande zu übernehmen. §§ 124, 194, 215, I, 11; §§ 364, 369, 373, I, 5. L.-R. Er trägt also weder das periculum interitus noch das peric. deteriorationis.[1]) Ausnahmen hiervon finden statt a. bei dem Verkaufe in Bausch und Bogen und bei dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen, doch nur hinsichtlich der Verschlechterungen. §§ 117, 120 und 121, I, 11. L.-R.; b. bei Obligationen auf ein Thun erleidet in gewissen Fällen (§§ 882—887, I, 11; §§ 908, 917 und 920, I, 11; §§ 369—372, I, 5. L.-R.) die Regel, daß der Vertrag als nicht vorhanden angesehen wird, wenigstens keine volle Anwendung. Bei dem Baucontracte aber trifft der Zufall, wenn der Unternehmer ein Bau- oder Werkverständiger ist, alle Mal den Bauherrn. § 967, I, 11. L.-R. Präj. 35 v. J. 1832.

Von der Regel: „casus non praestatur" oder „casum sentit dominus" findet außerdem nach röm. und preuß. Recht noch in folgenden Fällen eine Ausnahme statt:

1) Wenn Jemand durch Vertrag, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, den zufälligen Schaden übernommen hat oder durch letzten Willen zur Uebernahme verpflichtet worden ist.[2]) l. 1 § 35 D. 16, 3; l. 39 D. 17, 1; l. 30 § 4 D. 19, 2; l. 1 § 1 D. 19, 3; l. 10 D. 23, 3; § 261, I, 5; §§ 95, 117, I, 11; § 475, I, 21. L.-R. Eine stillschweigende Uebernahme des zufälligen Schadens liegt nach röm. Recht unter Anderm auch darin, daß Jemand, der gesetzlich zur custodia verpflichtet ist, diese Verpflichtung noch besonders übernimmt.[3]) — Die Frage, ob, wenn sich Jemand in allgemeinen Ausdrücken zur Uebernahme des zufälligen Schadens verbindlich gemacht hat, diese Verbindlichkeit stets im vollen Umfange zu verstehen, also auf die ganz außerordentlichen Unglücksfälle (casus insolitissimi) zu beziehen ist, oder ob nur die casus soliti und insoliti inbegriffen sind, ist unter den gemeinrechtlichen Juristen

[1]) Koch a. a. O.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 88, Nr. 13e.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365. Vergl. auch v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 88, Nr. 13f, sowie p. 132 dieses Buchs, Note 1.

Digitized by Google

streitig. [1]) Cf. l. 78 § 3 D. 18, 1; l. 9 § 2 D. 19, 2; l. 64 D. 50, 17. — Das preuß. L.-R. giebt § 261, I, 5 die Interpretationsregel, daß, wenn ein Contrahent alle Gefahr und Schäden übernommen hat, auch die ungewöhnlichen (c. insoliti) darunter zu verstehen sind. In einer weitern Bestimmung (§ 594, I, 21) sagt das L.-R., daß eine im Contracte allgemein geschehene Uebernahme aller Unglücksfälle auf die Kriegsschäden nicht ausgedehnt werden könne. Da aber Kriegsschäden gemeinhin zu den allerungewöhnlichsten Unglücksfällen gezählt werden, so hat sich die Ansicht gebildet, daß auch nach preuß. Recht, wenn in dem Vertrage der Zufall ohne nähere Bestimmung übernommen worden, darunter casus soliti und insoliti, nicht aber insolitissimi zu verstehen seien.

2) Bei einer mora solvendi ist der Schuldner nach röm. Recht immer, nach preuß. Recht in den Fällen, wo ihn nicht schon nach der Regel „casum sentit dominus" der Zufall trifft, zum Ersatze des zufälligen Schadens verpflichtet, insofern Letzterer nicht auch bei dem Gläubiger eingetreten sein würde. ~~l. 24 in fin. D. 22, 1~~; l. 25 § 2 D. 24, 3; l. 39 § 1, l. 108 § 11 D. 30; l. 82 § 1 D. 45, 1; l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 14 § 1 D. 16, 3; l. 47 § 6 D. 30. — § 13, I, 3; § 16, I, 6; § 241, I, 7; §§ 97 und 936, I, 11; § 72 und 141, I, 14; § 149, I, 20; § 251, I, 21; §§ 16 und 18, I, 16. L.-R. Eine mora accipiendi überträgt da, wo das periculum bei dem debitor ist, dasselbe auf den creditor; [2]) §§ 102, 103, 98, 939 und 940, I, 11. L.-R.; nach preuß. Recht jedoch nicht immer, cf. z. B. §§ 102 und 103, I, 11. L.-R.

3) Der unredliche Besitzer muß nach röm. und preuß. Recht den nachtheiligen Zufall tragen, doch nur dann, wenn Letzterer die Sache nicht auch in den Händen des Eigenthümers betroffen haben würde (l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 20 § 21 D. 5, 3; l. 40 pr. D. h. t.; l. 14 § 11 D. 4, 2. § 241, I, 7. L.-R.); diese Einschränkung fällt aber bei dem Diebe weg. Cf. Nr. 4.

4) Wer die zufälligen schädlichen Folgen beabsichtigt (§ 12, I, 3. L.-R.) oder wer eine an sich von den Gesetzen gemißbilligte oder gar verbotene Handlung begangen, ferner wer durch ein solches gesetzwidriges Verhalten sich selbst in die Umstände, wodurch er zu der Handlung veranlaßt worden, gesetzt hat, muß nach preuß. Recht auch den aus der Handlung entstandenen zufälligen Schaden vergüten. § 13, I, 3; § 16, I, 6. L.-R. Anwendungen hiervon: § 241, I, 7; §§ 97, 100, 101, 936, I, 11; §§ 50 u. 249, I, 13;

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 250, Nr. 1.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 240.

Digitized by Google

§§ 14 u. 85, I, 14; § 131, I, 20; §§ 102 u. 251, I, 21; §§ 97 u. 170, II, 18. L.-R. (Eine ganz singuläre Bestimmung ist § 282, II, 18. L.-R.) Auch im röm. Recht giebt es außer den vorhin genannten noch andre Fälle, in welchen der schädliche Zufall, dessen Einwirkung durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen ermöglicht worden, vertreten werden muß; so l. 36. § 1, D. 6, 1; l. 11 § 1, D. 19, 2; l. 1 § 4, in fin. D. 44, 7; l. 3 pr. D. 2, 10; l. 29 § 5, D. 9, 2; l. 18 pr. D. 13, 6.

Bei Obligationen aus schon an sich unerlaubten Handlungen wird der Schuldner nach beiden Rechten durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung selbst dann nicht befreit, wenn der schädliche Zufall die Sache auch in den Händen des Gläubigers getroffen haben würde. Der Dieb muß also die untergegangene Sache bezahlen, wenngleich sie ohne Diebstahl ebenso gewiß untergegangen sein würde. l. 8 § 1, l. 20. D. 13, 1; l. 19, D. 43, 16; l. 7, C. 4, 7; § 242, I, 7. L.-R.

Der schädliche Zufall, dessen Einwirkung wie ad 2—4 durch menschliche Willkühr veranlaßt worden, wird casus mixtus [1]), casus dolo vel culpa subordinatus, genannt. —

Von der Schätzung des Interesses.

Wir haben bereits gesehen, daß das preuß. Recht einen gemeinen, einen außerordentlichen sowie einen Werth der besondern Vorliebe, ferner einen höchsten, mittlern und niedrigsten gemeinen Werth unterscheidet. Wenn nun das in dem Werthe einer Sache oder Leistung bestehende Interesse auf eine bestimmte Geldsumme gebracht werden soll, so fragt es sich zunächst, welcher dieser Werthe zu erstatten, sowie welche Zeit und welcher Ort bei der Berechnung desselben in Betracht zu ziehen ist?

I. Die Frage: welcher Werth zu erstatten ist? beantwortet das L.-R. dahin: in der Regel braucht nur der gemeine Werth ersetzt zu werden; § 117, I, 2; § 88, I, 6. L.-R. Bei Beschädigungen aus grobem Versehen ist jedoch der außerordentliche Werth (§§ 85 u. 86, I, 6. L.-R.) und im Falle eines Dolus sogar der Werth der besondern Vorliebe zu ersetzen; § 87, I, 6. L.-R. Bei dem mittlern Werth bewendet es im Falle eines mäßigen und geringen Versehens; der höchste Werth kommt im Fall eines Dolus und eines groben Versehens in Betracht. § 116, I, 2; §§ 84 u. 85, 92—94, I, 6. L.-R.

Das röm. Recht unterscheidet, wie wir früher bemerkt haben, zwischen einem gemeinen und einem außerordentlichen Werthe

[1]) Im Gegensatze des casus merus.

Digitized by Google

nicht, das heißt: es rechnet den außerordentlichen Werth (pretium singulare) stets zum gemeinen Werth; denn in der That ist, wie Koch [1]) treffend bemerkt, dies pretium singulare nichts Anderes, als der ordentliche Werth eines besondern Individuums, durch die Nutzbarkeit dargestellt, welche dasselbe, vermöge seiner besondern Eigenschaften und Vollkommenheiten, einem Jeden, der davon Gebrauch zu machen in der Lage ist, gewähren kann.[2]) Es muß daher überall, wo von Schadensersatz die Rede ist, nach röm. Recht auch der Werth, welchen das preuß. Recht den außerordentlichen nennt, und nur in besondern Fällen ersetzen läßt, erstattet werden.[3])

Von dem gemeinen Werthe, zu welchem — wie gesagt, — auch das pretium singulare gerechnet wird, — unterscheidet das röm. Recht nur den in der Einbildung beruhenden, nicht nach der Nutzbarkeit zu bestimmenden Werth der Affection, und dieser braucht, wie wir ebenfalls schon früher bemerkt haben, der richtigen Meinung zufolge, niemals erstattet zu werden. l. 33 pr. D. 9, 2; l. 63 pr. D. 35, 2; l. 6 § 2 D. 7, 7; l. 1 § 15 D. 38, 5.[4])

II. Rücksichtlich der Zeit, nach welcher das Interesse zu bestimmen ist, gilt nach preuß. Recht die Regel, daß auf die Zeit der Entstehung des Schadens oder der Verbindlichkeit zum Schadensersatze gesehen wird; §§ 83 u. 88, I, 6; §§ 283 u. 305, I, 9. L.-R. Bei schon bestehenden Rechtsverhältnissen ist dieser Zeitpunkt der Tag der Erfüllung. § 859, I, 11. L.-R. Eine Ausnahme findet in folgenden Fällen statt:

1) bei Beschädigungen aus Vorsatz oder grobem Versehen muß der höchste Werth, welchen die Sache in dem Zeitraume zwischen der Schadenszufügung und der Anstellung der Klage hatte, vergütet werden §§ 85, I, 6. L.-R.

2) bei betrüglicher Vermischung fremder mit eignen vertretbaren Sachen ist ebenfalls der höchste Werth aus der Zwischenzeit zu ersetzen; § 302, I, 9. L.-R.

Nach röm. Recht muß bei der aquilischen culpa, wenn ein vierfüßiges Thier aus der Klasse der pecudes oder ein Sclave getödtet worden, der höchste Werth, den dieselben im letzten Jahre gehabt, und, wenn eine andere Beschädigung stattgefunden, der höchste Werth, den die Sache im letzten Monat vor der Schadenszufügung hatte, vergütet werden; l. 2, l. 27 § 5 D. 9, 2. Die heutige gemeinrechtliche Praxis nimmt jedoch nur

---

[1]) Lehrbuch Bd. 2 § 471 Anm. 17.

[2]) Vergl. auch v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 79 Anmerk.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 368 Nr. 1. Vergl. auch Puchta Pandecten § 224.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 78 Nr. 4.

Digitized by Google

auf den zur Zeit der Beschädigung bestandenen Werth der Sache Rücksicht,[1]) und es ist von jenen Bestimmungen der lex Aquilia heutzutage höchstens die Anwendung zu machen, daß der Kläger seinen Beweis des Werths nicht gerade auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten braucht, sondern daß es genügt, wenn er nur überhaupt darthut, daß der geforderte Werth zu irgend einer Zeit während des letzten Jahres resp. Monats vorhanden war.[2])

Beim furtum kann nach röm. Recht jeder beliebige Zeitpunkt, seit der Entwendung der Werthsbestimmung zum Grunde gelegt werden. l. 8 § 1 D. 13, 1.[3])

Ist in Contractsverhältnissen eine Erfüllungszeit bestimmt, so wird auch nach röm. Recht auf diese gesehen; l. 59 D. 45, 1. Ist aber keine solche Erfüllungszeit festgesetzt, dann richtet man sich bei bonae fidei negotiis nach der Zeit des Urtheils, bei stricti juris negotiis und arbitrariis actionibus nach der Zeit der Klageanstellung.[4]) Ist verabredet, daß statt des eigentlichen Leistungsobjects dessen Werth erstattet werden soll, so entscheidet im Zweifel die Zeit der Verabredung. l. 28 D. 46, 2.

III. Hinsichtlich des Orts, nach welchem sich die Schätzung richten soll, enthält das preuß. Recht keine ausdrückliche Bestimmung. Nach allgemeinen und römischen Rechtsgrundsätzen ist auf den Ort der Erfüllung Rücksicht zu nehmen (l. 22 D. 12, 1; l. 4 D. 13, 3; l. 3 in fin. D. 19, 1) und zwar ist der Ort der Beschädigung auch der der Erfüllung.[5]) Cf. Präj. 1321a des Ob.-Trib. vom 5. Aug. 1849, wonach sich die Vergütung des Schadens nach dem Orte der Beschädigung regulirt.

Ein Mittel, den Betrag des Interesses darzuthun, ist nach röm. und preuß. Recht:

der Würderungseid (juramentum in litem).

Die Voraussetzungen dieses Eides sind:

1) Nach röm. wie nach preuß. Recht dolus, culpa lata oder contumacia des Beklagten; l. 2 § 1 D. 12, 3; l. 4 § 4, l. 5 § 3 D. h. t.; l. 2 C. 5, 53. § 94, I, 6. L.-R. § 12, I, 22. A. G.-O.

2) Nach röm. Recht eine Klage auf Restitution oder Exhibition; bei andern Klagen ist der Würderungseid nur zu-

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 982 Nr. 4.
[2]) Puchta Pandecten § 388 Note g.
[3]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 178.
[4]) v. Wening Ingenheim a. a. O.
[5]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 472.

Digitized by Google

telbare in der Regel nur dann, wenn er vorausgesehen worden oder doch vorausgesehen werden konnte und durch ein mindestens mäßiges Versehen verursacht worden, §§ 8, 10, 11, I, 3; § 15, I, 6. L.-R.; der entgangne Gewinn in der Regel nur bei Dolus und grobem Versehen. § 285, I, 5; §§ 10 u. 11, I, 6. L.-R. Ausnahmsweise wird vollständige Genugthuung auch in folgenden Fällen geleistet: 1) bei Verträgen wegen eines mäßigen oder geringen Versehens a. von Kunst- und Sachverständigen (§ 289, I, 5. L.-R.) b. von dem, der gewarnt worden, daß von seiner Handlung oder Unterlassung besondere und ungewöhnliche Vortheile für den Andern abhängen (§ 290, I, 5. L.-R.) und c. von dem, welcher eine Handlung, zu deren Unterlassung er sich ausdrücklich verpflichtet hatte, begeht (§ 291, I, 5. L.-R.) (doch ist dieser allgemeine Satz nicht zur Anwendung gebracht § 890, I, 11. L.-R.) 2) bei Beschädigungen außer dem Falle eines Vertrages wegen eines mäßigen Versehens insoweit, als der entgangne Gewinn durch den gewöhnlichen Gebrauch erlangt worden sein würde, wenn die Kränkung unterblieben wäre, §§ 12 u. 13, I, 6. L.-R.

Im röm. Recht hat auf den Umfang des Schadensersatzes der Grad der culpa keinen Einfluß, indem hier regelmäßig der gesammte Nachtheil — directer und indirecter Schaden wie entgangner Gewinn, ersetzt werden muß [1]). Doch wird nur derjenige indirecte Schaden (damnum extra rem) erstattet, an welchem die nachtheilige Handlung einzig ausschließliche Ursache war. [2]) Dahin gehört unter Andern der verminderte Werth solcher Dinge, welche an sich nicht beschädigt sind, z. B. si ex pari

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 366. v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 171 sq. Manche Rechtslehrer — darunter Glück (Pand. Comm. IV. p. 447) und Koch (Recht der Forderungen I p. 305) lassen jedoch in obligatorischen Verhältnissen den entgangnen Gewinn auch nach röm. Recht nur im Falle eines dolus, einer culpa lata oder contumacia ersetzen. Vergl. hierüber v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2 p. 77. v. Bangerow Pandecten Bd. 3, p. 42.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 367, v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 172. v. Holzschuher Theorie Bd. Abth. 2 p. 982 Nr. 4. Der mittelbare Schaden, welcher nicht eine nothwendige Folge der Handlung, sondern erst durch das Hinzutreten eines andern davon verschiedenen Ereignisses herbeigeführt ist, braucht nur in gewissen Fällen erstattet zu werden (cf. p. 147). Dagegen wird derjenige Schaden, welcher zwar durch individuelle Umstände und Verhältnisse z. B. eine besondere Beschaffenheit der beschädigten Sache vermittelt, aber doch eine nothwendige Folge der Handlung ist, auch dann vergütet, wenn er von dem Beschädiger gar nicht vorhergesehen werden konnte. cf. z. B. l. 22 pr. D. 9. 2. Nur der Schaden der ersten Art gilt nach röm. Rechtsansicht für zufällig (casus mixtus), nicht auch der Schaden der letztern Art, welchen das L.-R (§ 4, I, 6) ebenfalls einen zufälligen nennt.

Digitized by Google

mularum una occisa est; l. 22 § 1. D. 9, 2, ferner Kur- und Versäumnißkosten; l. 24, 27 § 17 D. 9, 2; sowie Nachtheile, die daraus erwachsen, daß man die wegen der verlornen oder beschädigten Sache eingegangenen Verbindlichkeiten nun nicht erfüllen kann; l. 22 pr. l. 55. D. 9, 2. Ebenso braucht nur dasjenige lucrum cessans ersetzt zu werden, welches ohne die Dazwischenkunft ganz ungewöhnlicher und deßhalb nicht in Anschlag zu bringender Ereignisse sicher erlangt worden wäre, wenn die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung nicht stattgefunden hätte. Es darf also nichts Ungewisses, kein auf bloß trügliche Hoffnung gebauter Gewinn in Anschlag kommen.[1]) Deshalb ist, wenn den Fischern die Netze zerrissen werden, nur der Werth der Netze, aber nicht der Werth der damit möglicher Weise zu fangen gewesenen Fische zu ersetzen; l. 29 § 3. D. 9, 2; ebensowenig kommt eine entgangne Erbschaft, so lange der letzte Wille noch widerruflich war, in Anschlag; l. 23 § 2. D. 9, 2. Wohl aber gehören zu diesem Gewinne Früchte, die ich nach dem Laufe der Natur hätte beziehen können und die mir durch das widerrechtliche Factum nun entrissen sind, sowie andre Vortheile, von deren Erlangung mich die Beschädigung abhielt und die ich ebenfalls nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge sicher erhalten hätte; l. 2 § ult. D. 13, 4; l. 33 in fin. D. 19, 2; l. 13 pr. l. 18 D. 46, 8; l. 21 §§ 3 u. 4 D. 25, 2; l. 1. C. 7, 47.

In der röm. Rechtssprache umfaßt der Ausdruck „quanti mea oder ejus interest" („Interesse") ebenfalls positiven und negativen Schaden („quantum mihi abest, quantumque lucrari potui") l. 13, D. 46, 8. In den Fällen, in denen der Werth der Sache von dem Interesse gesondert wird, bezeichnet man sehr oft den Ersteren mit „aestimatio" und „quanti ea res est". l. 1 § 4, D. 2, 3; l. 4 § 11, D. 47, 8.

Vergleichen wir die vorgetragenen röm. und preuß. Rechtsregeln über den Umfang des Schadensersatzes, so erhellt, daß das röm. Recht zwar im Allgemeinen den Schaden in einem weitern Umfange ersetzen läßt, als das preuß. Recht, indem Ersteres die Grade des Versehens nicht berücksichtigt, vielmehr auch bei dem geringsten vertretbaren Versehen vollständige Genugthuung fordert; daß jedoch die Verbindlichkeit zum Ersatze des entgangenen Gewinns nach röm. Recht insofern eine mildere ist als nach preuß. Recht, als Ersteres dem entgangenen Gewinn offenbar weit engere und bestimmtere Grenzen zieht, wie das preuß. L.-R.

Nicht immer ist aber auch im röm. Rechte das volle In-

---

[1]) v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 174. v. Holzschuher a. a. O.

Digitized by Google

tereſſe zu erſetzen; denn die Verpflichtung zum Schadenserſatze beruht ſowohl hier wie im preuß. Rechte häufig auf andern Gründen als auf einer zu vertretenden culpa. Bisweilen iſt, wenn die Verbindlichkeit zum Schadenserſatz lediglich ex lege entſpringt, nach röm. Recht entweder das Aequivalent aufzugeben oder zu reſtituiren (l. 19 § 1 in fin D. 19, 2.) oder der reine Sachwerth zu erſetzen (l. 112 § 1, D. de leg. 1.), falls nicht eine geringere (cf. l. 2 § 4, l. 4 § 2, D. 14, 2.) oder höhere Erſatz-Verbindlichkeit (cf. l. 1 pr. D. 9, 3.) geſetzlich beſtimmt iſt.[1]) — Häufig hat der Verpflichtete nach beiden Rechten nur die Bereicherung zu reſtituiren; dieſer geringſte Grad der Verpflichtung zum Schadenserſatze kommt namentlich da vor, wo die Entſchädigungsverbindlichkeit blos auf dem Billigkeitsgrundſatze beruht, daß Niemand ſich mit dem Schaden eines Andern ohne deſſen Willen bereichern darf. l. 3 § 4, D. 3, 5; l. 5 § 3, l. 6, D. 15, 3. § 264, I, 13. L.-R. Endlich erleidet im röm. Recht bei den Noralklagen die Verpflichtung des in Anſpruch genommenen durch das Recht der noxae datio eine bedeutende Milderung. Pr. J. 4, 8.

Nach röm. Rechte kann nicht nur ſtatt des Intereſſes ſondern auch neben demſelben eine Conventionalſtrafe verabredet werden, l. 115 § 2, D. 45, 1, anders nach preuß. Recht, wo ſie immer nur die Stelle des Intereſſes vertreten kann. §§ 292 sq. I, 5. L.-R.

Ueberhaupt kommen im röm. Recht häufig Privatſtrafen vor. Dieſelben bezwecken entweder dem Beſchädigten lediglich einen Gewinn zu verſchaffen (ſo bei den actiones mere poenales) und ſtehen dann im Gegenſatze des wirklichen Schadenserſatzes oder ſie wollen zugleich Letzteren umfaſſen (ſo bei den vermiſchten Strafklagen) und ſind gewiſſermaßen ein leichterer Weg, dem Kläger zum vollen Erſatz ſeines Schadens zu verhelfen, allerdings auf die Gefahr hin, den Betrag des Schadens zu überſchreiten.[2]) Die Privatſtrafen können auf das Doppelte, Dreifache oder Vierfache des wahren Schadenswerthes gerichtet ſein, oder auch in andern Nachtheilen beſtehen.[3])

Die heutige Anwendbarkeit der Privatſtrafen iſt ſehr beſtritten. Man muß wohl annehmen, daß da, wo der Privatſtrafe keine öffentliche Strafe ſubſtituirt und die Aufhebung derſelben auch nicht aus einem beſondern Verfaſſungsgrunde zu folgern iſt, nach gem. Recht eine Privatſtrafe noch jetzt gefordert werden kann.[4])

Im preuß. Rechte kommen Privatſtrafen nur vor: a. bei

---

[1]) Mühlenbruch Pandekten Th. II. § 366.
[2]) Puchta Pandekten § 230.
[3]) Mühlenbruch Pandekten § 350, insbeſondere Note 9 und 10.
[4]) v. Holzſchuher Theorie Bd. 2 Abth. 2. p. 89, § 4.

Digitized by Google

Forstdefraudationen (Ges. v. 7. Juni 1821), b. bei Ehescheidungen und dem ungerechtfertigten Rücktritte von einem Ehegelöbnißvertrage, §§ 783 u. 112, II, 1. L.-R; c. bei Beschädigungen durch Vieh; §§ 8 u. 11 der Feldpolizei-Ord. v. 1. Nov. 1847, d. ob bei dem Erbzinsvertrage, wenn der Laudemialberechtigte durch Simulation einer geringeren Kaufsumme bevortheilt worden, die § 725, I, 18. L.-R. bestimmte Strafe noch jetzt zu entrichten, ist zweifelhaft; nachdem durch das Gesetz vom 2. März 1850 das Obereigenthum mit Vorbehalt der Abgabe aufgehoben und dem Erbzinsmanne das volle Eigenthum beigelegt ist, läßt sich, wie Koch[1]) bemerkt, der Wegfall jener Strafbestimmung, als eines Ausflusses der Oberherrlichkeit, außer der vorbehaltenen Abgabe behaupten. Ebenso ist es zweifelhaft, ob c. bei Körperverletzungen, die Personen des Bauer- oder gemeinen Bürgerstandes aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt sind, noch jetzt Schmerzensgeld gefordert werden kann (§§ 112 u. 114, I, 6. L.-R.), nachdem verfassungsmäßig in Preußen Standesunterschiede nicht mehr in Betracht kommen. Art. 4 der Verf.-Urk. v. 31. Jan. 1850.

Uebrigens ist gemeinrechtlich ein Anspruch auf Schmerzensgeld ebenfalls hergebracht, cf. C. C. C. Art. 20.[2])

Der zufällige Schaden (damnum casuale) ist entweder ein solcher, wobei gar keine menschliche Handlung mitgewirkt hat, oder ein solcher, welcher zwar durch Mitwirkung einer menschlichen Handlung entstanden ist, jedoch außer den Grenzen einer imputablen Schuld des Handelnden liegt. — Ein Zufall (casus) der erstern Art wird häufig durch „casus fortuitus, vis major, damnum fatale, casus majores, fortuna" bezeichnet Cf. z. B. § 2, J. 3, 14; l. 1 § 4 D. 44, 7; l. 1 § 11, D. 27, 8; l. 36, D. 19, 2.

Die zufälligen Unglücksfälle, die eine Person oder Sache treffen, heißen periculum in der engern Bedeutung dieses Worts,[3]) und von dem, der sie trägt, sagt man „periculum praestat", d. i. in der landrechtlichen Sprache: „er trägt die Gefahr". Cf. §§ 95, 105, 117, 131, I, 11. L.-R. Man theilt dies periculum in peric. deteriorationis, insofern der Zufall die Qualität der Sache bloß verdirbt, und in peric. interitus,

---

[1]) Koch Privatrecht (2. Ausg.) Bd. 2, § 478, Note 3.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 984.

[3]) In der weiteren Bedeutung heißt periculum das Rifico einer Sache, aller Vortheil und Nachtheil; in einem andern Sinne wird periculum auch noch von dem gebraucht, der zur custodia verpflichtet ist, und schließt hier nur einen Theil des casus, nicht diesen ganz in sich. Hasse Culpa §§ 76 — 78. v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 56, Note 5; § 141.

Digitized by Google

wenn er die ganze Sache vernichtet. l. 1 pr., l. 4 pr. § 1, D. 18, 6; §§ 117 und 120, I, 11. L.-R.[1])

Ferner unterscheidet man casus soliti, insoliti und insolitissimi.[2]) Viele halten diese Eintheilung für werthlos. Sie tritt im L.-R. unter Andern in den §§ 478 und 479, 535, I, 21 hervor.

In Beziehung auf die Frage: wer den zufälligen Schaden tragen muß, lassen sich aus den Quellen des röm. Rechts zwei Regeln abstrahiren, welche, anscheinend dasselbe sagend, einander doch im Erfolge häufig widersprechen. Die eine Regel: „casum sentit dominus“[3]) (§ 2 J. 3, 14) gilt namentlich da, wo die zufällige Beschädigung auf kein schon bestehendes obligatorisches Verhältniß Bezug hat. Die andre Regel: „casus non praestatur“ (l. 23 in fin. D. 50, 17; l. 18 pr. D. 13, 6), verbunden mit dem Satze: „impossibilium nulla est obligatio“ führt in obligatorischen Verhältnissen zu dem Prinzipe: „creditoris est rei periculum seu damnum“.[4]) Ist daher das Geben (dare, tradere) einer individuell bestimmten Sache Gegenstand eines zweiseitig onerosen Vertrages, so wird nach röm. Recht durch den zufälligen Untergang der Sache der, welcher sie zu leisten hatte, nicht aber der andere Contrahent von seiner Leistungsverbindlichkeit frei. „Species debita casu perit ei, cui debetur“. — „Debitor speciei liberatur rei interitu“. § 3 J. 3, 23; l. 34 § 6, D. 18, 1; l. 5 § 2 D. 18, 5; l. 4—6, C. 4, 48; l. 7 pr. l. 8 pr. D. 18, 6. Ebenso trifft das periculum deteriorationis den creditor. l. 2, C. 4, 48.[5]) Eine Ausnahme, doch nur in Beziehung auf das periculum interitus, gilt bei der Sachmiethe und bei solchen obligationes faciendi, welche ein durch einen bestimmten Zeitraum dauerndes Rechtsverhältniß begründen;[6]) rücksichtlich des periculum deteriorationis bleibt es bei der Regel: „creditoris est rei periculum“.[7]) l. 19 § 6, l. 27 pr., l. 30 pr. § 1 D. 19, 2. Das preuß. L.-R. hat den Grundsatz: „casum sentit dominus“ selbst bei zweiseitig onerosen, auf das Geben einer species gerichteten

---

[1]) v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 141.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. 1, § 140.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365.

[4]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 466. Recht der Forderungen Bd. 1, p. 194. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 244 sq.

[5]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 246, Note ††. von Wening Ingenheim Schadenersatz § 143 in fin. (p. 246).

[6]) So Koch Lehrbuch Bd. 2, § 466. Siehe dagegen v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 247, welcher bei den auf Leistung eines Facti gerichteten Verträgen den Satz vertheidigt: „casum sentire debet is, in cujus persona ille contingit“.

[7]) Anderer Meinung ist hier v. Bangerow Pandecten Th. 3, p. 224.

Digitized by Google

Verträgen zur Anwendung gebracht. Es gilt daher hier — abweichend vom röm. Recht — die Regel: zufällige Unmöglichkeit vernichtet den Vertrag (§§ 364 und 365, I, 5; § 100, I, 11; §§ 299—308, I, 21) und zwar hat zufällige Verschlechterung dieselbe Wirkung wie der zufällige Untergang. Denn der Gläubiger ist nicht schuldig, die bedungene Sache in einem ohne seine Schuld verschlechterten Zustande zu übernehmen. §§ 124, 194, 215, I, 11; §§ 364, 369, 373, I, 5. L.-R. Er trägt also weder das periculum interitus noch das peric. deteriorationis.[1]) Ausnahmen hiervon finden statt a. bei dem Verkaufe in Bausch und Bogen und bei dem Verkaufe eines Inbegriffs von Sachen, doch nur hinsichtlich der Verschlechterungen. §§ 117, 120 und 121, I, 11. L.-R.; b. bei Obligationen auf ein Thun erleidet in gewissen Fällen (§§ 882—887, I, 11; §§ 908, 917 und 920, I, 11; §§ 369—372, I, 5. L.-R.) die Regel, daß der Vertrag als nicht vorhanden angesehen wird, wenigstens keine volle Anwendung. Bei dem Baucontracte aber trifft der Zufall, wenn der Unternehmer ein Bau- oder Werkverständiger ist, alle Mal den Bauherrn. § 967, I, 11. L.-R. Präj. 35 v. J. 1832.

Von der Regel: „casus non praestatur" oder „casum sentit dominus" findet außerdem nach röm. und preuß. Recht noch in folgenden Fällen eine Ausnahme statt:

1) Wenn Jemand durch Vertrag, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, den zufälligen Schaden übernommen hat oder durch letzten Willen zur Uebernahme verpflichtet worden ist.[2]) l. 1 § 35 D. 16, 3; l. 39 D. 17, 1; l. 30 § 4 D. 19, 2; l. 1 § 1 D. 19, 3; l. 10 D. 23, 3; § 261, I, 5; §§ 95, 117, I, 11; § 475, I, 21. L.-R. Eine stillschweigende Uebernahme des zufälligen Schadens liegt nach röm. Recht unter Anderm auch darin, daß Jemand, der gesetzlich zur custodia verpflichtet ist, diese Verpflichtung noch besonders übernimmt.[3]) — Die Frage, ob, wenn sich Jemand in allgemeinen Ausdrücken zur Uebernahme des zufälligen Schadens verbindlich gemacht hat, diese Verbindlichkeit stets im vollen Umfange zu verstehen, also auf die ganz außerordentlichen Unglücksfälle (casus insolitissimi) zu beziehen ist, oder ob nur die casus soliti und insoliti inbegriffen sind, ist unter den gemeinrechtlichen Juristen

[1]) Koch a. a. O.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 88, Nr. 13e.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365. Vergl. auch v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 88, Nr. 13f, sowie p. 132 dieses Buchs, Note 1.

Digitized by Google

streitig. [1]) Cf. l. 78 § 3 D. 18, 1; l. 9 § 2 D. 19, 2; l. 64 D. 50, 17. — Das preuß. L.-R. giebt § 261, I, 5 die Interpretationsregel, daß, wenn ein Contrahent alle Gefahr und Schäden übernommen hat, auch die ungewöhnlichen (c. insoliti) darunter zu verstehen sind. In einer weitern Bestimmung (§ 594, I, 21) sagt das L.-R., daß eine im Contracte allgemein geschehene Uebernahme aller Unglücksfälle auf die Kriegsschäden nicht ausgedehnt werden könne. Da aber Kriegsschäden gemeinhin zu den allerungewöhnlichsten Unglücksfällen gezählt werden, so hat sich die Ansicht gebildet, daß auch nach preuß. Recht, wenn in dem Vertrage der Zufall ohne nähere Bestimmung übernommen worden, darunter casus soliti und insoliti, nicht aber insolitissimi zu verstehen seien.

2) Bei einer mora solvendi ist der Schuldner nach röm. Recht immer, nach preuß. Recht in den Fällen, wo ihn nicht schon nach der Regel „casum sentit dominus" der Zufall trifft, zum Ersatze des zufälligen Schadens verpflichtet, insofern Letzterer nicht auch bei dem Gläubiger eingetreten sein würde. ~~l. 24 in fin. D. 22, 1~~; l. 25 § 2 D. 24, 3; l. 39 § 1, l. 108 § 11 D. 30; l. 82 § 1 D. 45, 1; l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 14 § 1 D. 16, 3; l. 47 § 6 D. 30. — § 13, I, 3; § 16, I, 6; § 241, I, 7; §§ 97 und 936, I, 11; § 72 und 141, I, 14; § 149, I, 20; § 251, I, 21; §§ 16 und 18, I, 16. L.-R. Eine mora accipiendi überträgt da, wo das periculum bei dem debitor ist, dasselbe auf den creditor; [2]) §§ 102, 103, 98, 939 und 940, I, 11. L.-R.; nach preuß. Recht jedoch nicht immer, cf. z. B. §§ 102 und 103, I, 11. L.-R.

3) Der unredliche Besitzer muß nach röm. und preuß. Recht den nachtheiligen Zufall tragen, doch nur dann, wenn Letzterer die Sache nicht auch in den Händen des Eigenthümers betroffen haben würde (l. 15 § 3 D. 6, 1; l. 20 § 21 D. 5, 3; l. 40 pr. D. h. t.; l. 14 § 11 D. 4, 2. § 241, I, 7. L.-R.); diese Einschränkung fällt aber bei dem Diebe weg. Cf. Nr. 4.

4) Wer die zufälligen schädlichen Folgen beabsichtigt (§ 12, I, 3. L.-R.) oder wer eine an sich von den Gesetzen gemißbilligte oder gar verbotene Handlung begangen, ferner wer durch ein solches gesetzwidriges Verhalten sich selbst in die Umstände, wodurch er zu der Handlung veranlaßt worden, gesetzt hat, muß nach preuß. Recht auch den aus der Handlung entstandenen zufälligen Schaden vergüten. § 13, I, 3; § 16, I, 6. L.-R. Anwendungen hiervon: § 241, I, 7; §§ 97, 100, 101, 936, I, 11; §§ 50 u. 249, I, 13;

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 365. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 250, Nr. 1.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 240.

Digitized by Google

§§ 14 u. 85, I, 14; § 131, I, 20; §§ 102 u. 251, I, 21; §§ 97 u. 170, II, 18. L.-R. (Eine ganz singuläre Bestimmung ist § 282, II, 18. L.-R.) Auch im röm. Recht giebt es außer den vorhin genannten noch andre Fälle, in welchen der schädliche Zufall, dessen Einwirkung durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen ermöglicht worden, vertreten werden muß; so l. 36. § 1, D. 6, 1; l. 11 § 1, D. 19, 2; l. 1 § 4, in fin. D. 44, 7; l. 3 pr. D. 2, 10; l. 29 § 5, D. 9, 2; l. 18 pr. D. 13, 6.

Bei Obligationen aus schon an sich unerlaubten Handlungen wird der Schuldner nach beiden Rechten durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung selbst dann nicht befreit, wenn der schädliche Zufall die Sache auch in den Händen des Gläubigers getroffen haben würde. Der Dieb muß also die untergegangene Sache bezahlen, wenngleich sie ohne Diebstahl ebenso gewiß untergegangen sein würde. l. 8 § 1, l. 20. D. 13, 1; l. 19, D. 43, 16; l. 7, C. 4, 7; § 242, I, 7. L.-R.

Der schädliche Zufall, dessen Einwirkung wie ad 2—4 durch menschliche Willkühr veranlaßt worden, wird casus mixtus [1]), casus dolo vel culpa subordinatus, genannt. —

Von der Schätzung des Interesses.

Wir haben bereits gesehen, daß das preuß. Recht einen gemeinen, einen außerordentlichen sowie einen Werth der besondern Vorliebe, ferner einen höchsten, mittlern und niedrigsten gemeinen Werth unterscheidet. Wenn nun das in dem Werthe einer Sache oder Leistung bestehende Interesse auf eine bestimmte Geldsumme gebracht werden soll, so fragt es sich zunächst, welcher dieser Werthe zu erstatten, sowie welche Zeit und welcher Ort bei der Berechnung desselben in Betracht zu ziehen ist?

I. Die Frage: welcher Werth zu erstatten ist? beantwortet das L.-R. dahin: in der Regel braucht nur der gemeine Werth ersetzt zu werden; § 117, I, 2; § 88, I, 6. L.-R. Bei Beschädigungen aus grobem Versehen ist jedoch der außerordentliche Werth (§§ 85 u. 86, I, 6. L.-R.) und im Falle eines Dolus sogar der Werth der besondern Vorliebe zu ersetzen; § 87, I, 6. L.-R. Bei dem mittlern Werth bewendet es im Falle eines mäßigen und geringen Versehens; der höchste Werth kommt im Fall eines Dolus und eines groben Versehens in Betracht. § 116, I, 2; §§ 84 u. 85, 92—94, I, 6. L.-R.

Das röm. Recht unterscheidet, wie wir früher bemerkt haben, zwischen einem gemeinen und einem außerordentlichen Werthe

[1]) Im Gegensatze des casus merus.

Digitized by Google

nicht, das heißt: es rechnet den außerordentlichen Werth (pretium singulare) stets zum gemeinen Werth; denn in der That ist, wie Koch [1]) treffend bemerkt, dies pretium singulare nichts Anderes, als der ordentliche Werth eines besondern Individuums, durch die Nutzbarkeit dargestellt, welche dasselbe, vermöge seiner besondern Eigenschaften und Vollkommenheiten, einem Jeden, der davon Gebrauch zu machen in der Lage ist, gewähren kann. [2]) Es muß daher überall, wo von Schadensersatz die Rede ist, nach röm. Recht auch der Werth, welchen das preuß. Recht den außerordentlichen nennt, und nur in besondern Fällen ersetzen läßt, erstattet werden. [3])

Von dem gemeinen Werthe, zu welchem — wie gesagt, — auch das pretium singulare gerechnet wird, — unterscheidet das röm. Recht nur den in der Einbildung beruhenden, nicht nach der Nutzbarkeit zu bestimmenden Werth der Affection, und dieser braucht, wie wir ebenfalls schon früher bemerkt haben, der richtigen Meinung zufolge, niemals erstattet zu werden. l. 33 pr. D. 9, 2; l. 63 pr. D. 35, 2; l. 6 § 2 D. 7, 7; l. 1 § 15 D. 38, 5. [4])

II. Rücksichtlich der Zeit, nach welcher das Interesse zu bestimmen ist, gilt nach preuß. Recht die Regel, daß auf die Zeit der Entstehung des Schadens oder der Verbindlichkeit zum Schadensersatze gesehen wird; §§ 83 u. 88, I, 6; §§ 283 u. 305, I, 9. L.-R. Bei schon bestehenden Rechtsverhältnissen ist dieser Zeitpunkt der Tag der Erfüllung. § 859, I, 11. L.-R. Eine Ausnahme findet in folgenden Fällen statt:

1) bei Beschädigungen aus Vorsatz oder grobem Versehen muß der höchste Werth, welchen die Sache in dem Zeitraume zwischen der Schadenszufügung und der Anstellung der Klage hatte, vergütet werden §§ 85, I, 6. L.-R.

2) bei betrüglicher Vermischung fremder mit eignen vertretbaren Sachen ist ebenfalls der höchste Werth aus der Zwischenzeit zu ersetzen; § 302, I, 9. L.-R.

Nach röm. Recht muß bei der aquilischen culpa, wenn ein vierfüßiges Thier aus der Klasse der pecudes oder ein Sclave getödtet worden, der höchste Werth, den dieselben im letzten Jahre gehabt, und, wenn eine andere Beschädigung stattgefunden, der höchste Werth, den die Sache im letzten Monat vor der Schadenszufügung hatte, vergütet werden; l. 2, l. 27 § 5 D. 9, 2. Die heutige gemeinrechtliche Praxis nimmt jedoch nur

---

[1]) Lehrbuch Bd. 2 § 471 Anm. 17.

[2]) Vergl. auch v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 79 Anmerk.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 368 Nr. 1. Vergl. auch Puchta Pandecten § 224.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 78 Nr. 4.

Digitized by Google

auf den zur Zeit der Beschädigung bestandenen Werth der Sache Rücksicht,[1]) und es ist von jenen Bestimmungen der lex Aquilia heutzutage höchstens die Anwendung zu machen, daß der Kläger seinen Beweis des Werths nicht gerade auf den Zeitpunkt der Beschädigung zu richten braucht, sondern daß es genügt, wenn er nur überhaupt darthut, daß der geforderte Werth zu irgend einer Zeit während des letzten Jahres resp. Monats vorhanden war.[2])

Beim furtum kann nach röm. Recht jeder beliebige Zeitpunkt, seit der Entwendung der Werthsbestimmung zum Grunde gelegt werden. l. 8 § 1 D. 13, 1.[3])

Ist in Contractsverhältnissen eine Erfüllungszeit bestimmt, so wird auch nach röm. Recht auf diese gesehen; l. 59 D. 45, 1. Ist aber keine solche Erfüllungszeit festgesetzt, dann richtet man sich bei bonae fidei negotiis nach der Zeit des Urtheils, bei stricti juris negotiis und arbitrariis actionibus nach der Zeit der Klageanstellung.[4]) Ist verabredet, daß statt des eigentlichen Leistungsobjects dessen Werth erstattet werden soll, so entscheidet im Zweifel die Zeit der Verabredung. l. 28 D. 46, 2.

III. Hinsichtlich des Orts, nach welchem sich die Schätzung richten soll, enthält das preuß. Recht keine ausdrückliche Bestimmung. Nach allgemeinen und römischen Rechtsgrundsätzen ist auf den Ort der Erfüllung Rücksicht zu nehmen (l. 22 D. 12, 1; l. 4 D. 13, 3; l. 3 in fin. D. 19, 1) und zwar ist der Ort der Beschädigung auch der der Erfüllung.[5]) Cf. Präj. 1321a des Ob.-Trib. vom 5. Aug. 1849, wonach sich die Vergütung des Schadens nach dem Orte der Beschädigung regulirt.

Ein Mittel, den Betrag des Interesses darzuthun, ist nach röm. und preuß. Recht:

der Würderungseid (juramentum in litem).

Die Voraussetzungen dieses Eides sind:

1) Nach röm. wie nach preuß. Recht dolus, culpa lata oder contumacia des Beklagten; l. 2 § 1 D. 12, 3; l. 4 § 4, l. 5 § 3 D. h. t.; l. 2 C. 5, 53. § 94, I, 6. L.-R. § 12, I, 22. A. G.-O.

2) Nach röm. Recht eine Klage auf Restitution oder Exhibition; bei andern Klagen ist der Würderungseid nur zu-

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 982 Nr. 4.
[2]) Puchta Pandecten § 388 Note g.
[3]) v. Wening Ingenheim Schadenersatz § 178.
[4]) v. Wening Ingenheim a. a. O.
[5]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 472.

Digitized by Google

lässig, wenn der Werth sonst schlechterdings nicht ermittelt werden kann, damit der Dolus des Beklagten nicht ungeahndet bleibe; [1]) nach preuß. Recht ist er auf Rechtssachen gewisser Art nicht eingeschränkt. [2])

3) Nach röm. Recht der Nachweis der Handlung, auf welche der Anspruch gestützt wird, resp. der Verschuldung; denn der Würderungseid erstreckt sich hier zwar auch auf die Existenz eines Schadens überhaupt, nicht aber auf die zum Grund der Klage gehörige Verschuldung; l. 10 D. 12, 3; l. 7 pr. D. 26, 7; [3]) nach preuß. Recht wird sogar die Gewißheit erfordert, daß ein Schaden überhaupt existirt; §§ 9 und 18, I, 22. A. G.-O.

4) Nach röm. wie nach preuß. Recht Ungewißheit der Größe des Interesses; daher findet der Würderungseid nicht bei Sachen statt, welche — wie Geld — eine durchaus bestimmte Schätzung haben; es müßte denn etwa durch Mora ein besonderer Nachtheil für den Gläubiger entstanden sein. l. 3 D. 12, 3; §§ 83 sq., I, 6. L.-R. [4])

5) Nach preuß. Recht Mangel anderweiter Beweismittel; § 10, I, 22. A. G.-O.; dies ist nach röm. Recht kein allgemeines Erforderniß; vielmehr hat hier der Kläger meistens die Wahl, ob er den Würderungseid schwören oder sich anderer Beweismittel bedienen will; [5]) doch hat nach beiden Rechten immer der Richter über die Zulässigkeit dieses Eides zu entscheiden; l. 4 § 1; l. 5 § 1 D. 12, 3; §§ 18 und 23, I, 22. A. G.-O. § 94, I, 6. L.-R. Daher pflegt man zu sagen: der Richter

---

[1]) So z. B. Puchta Pandecten § 226. Ueber den Streit, der in dieser Beziehung herrscht, cf. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 80 und 81, Nr. 5b und c. und v. Wening Ingenheim Schadenserſatz § 180.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 473.

[3]) Puchta Pandecten § 226. Nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Juristen erstreckt sich der Würderungseid auch nicht auf die Existenz des Schadens überhaupt, so daß diese ebenfalls zuvor dargethan werden muß. Man hat daher geglaubt, daß der Würderungseid nur in gewissen Fällen, nämlich in solchen, wo eine gewaltsame Besitzentsetzung stattgefunden, auch auf die Existenz des Schadens überhaupt sich beziehe und ihn alsdann nach Zeno in l. 9 C. 8, 4 juramentum Zenonianum genannt. Puchta a. a. O. Note t. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 82 Anm. Siehe dagegen Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 369.

[4]) Koch Lehrbuch Bd. 2, § 473.

[5]) Eine Ausnahme findet auch bei gewaltsamer Besitzentsetzung statt. Hier wird das jusjurandum in litem nur in subsidium zugelassen; l. 9 C. 8, 4; daher sagt man wohl: das s. g. juramentum Zenonianum sei ein subsidiäres Beweismittel. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 83 Anmerk. v. Wening Ingenheim Schadenserſatz § 180.

Digitized by Google

deferire den Würderungseid (l. 4 § 1 D. h. t.), d. h. der Richter vertraut ihn an. [1]) — Ferner ist zu merken:

a. Nach röm. Recht darf der Schwörende den Verlust nach bloßer Affectation nicht schätzen, [2]) und Justinian bestimmte, daß bei Obligationen, die nicht von Anfang auf das Interesse gehen, die Aestimation desselben nie das Doppelte von dem mit Bestimmtheit zu ermittelnden Werth des Gegenstandes (verum rei pretium) übersteigen solle. l. un. C. 7, 47 [3]) Nach preuß. Recht aber kann der Schwörende, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt ist, auch den Affectionswerth berücksichtigen (§ 87, I, 6. L.-R.); doch muß der angegebene besondere Werth einen wahrscheinlich gemachten vernünftigen Grund haben, §§ 18 und 20, I, 22. A. G.-O., auch darf die Schätzung nicht den doppelten Betrag des Werthes, welchen eine Sache derselben Art von mittlerer Güte hatte, übersteigen; § 95, I, 6. L.-R.

b. Nach röm. Recht kann der Richter sowohl im Voraus ein Maaß bestimmen, über welches hinaus nicht geschworen werden darf, als auch unter Umständen die beschworene Summe herabsetzen; l. 4 § 2 D. 12, 3; l. 4 § 3; l. 5 § 2 D. 12, 3; [4]) nach preuß. Recht hat der Richter immer im Voraus jenes Maximum zu bestimmen; dagegen findet eine nachträgliche Ermäßigung der einmal beschworenen Summe nicht statt; §§ 18 und 26, I, 22. A. G.-O.

c. Der einmal auferlegte Eid kann von dem Kläger nur nach röm., nicht auch nach preuß. Recht wieder abgelehnt und durch andere Beweismittel ersetzt werden; l. 71 D. 6, 1; l. 1, l. 2 C. 5, 53. § 17, I, 22. A. G.-O.

d. Das jur. in litem ist nach preuß. Recht auch gegen die Erben des Schuldners statthaft; § 14, I, 22. A. G.-O.; nach röm. Rechte nur dann, wenn gegen den Erblasser schon lis contestirt war; l. 4, C. 5, 53.

---

[1]) In Bagatellsachen darf der Richter nach § 10, I, 22. A. G.-O., ohne dem Gläubiger den Eid abzufordern, den Betrag nach der Wahrscheinlichkeit festsetzen.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 369. Cf. p. 148 dieses Buchs.

[3]) Ob l. un. C. 7, 47 auch im Falle eines Würderungseides Anwendung findet, ist streitig. Mit „Ja" antwortet u. A. Mühlenbruch, Pandecten Th. II. § 370, v. Wening Ingenheim Schadensersatz § 180 in fin. mit „Nein" u. A. Glück Pand. Com. XII. p. 462. Ferner ist es streitig, ob die alleg. l. un. C. 7, 47 sich auch auf Fälle bezieht, in denen erst durch die Schaden bringende Handlung eine obligatio entstanden ist. Mit „Ja" antwortet u. A. Mühlenbruch a. a. O., mit „Nein" v. Wangerow Pandecten Bd. 3, § 571, Note 4. Vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 84, Nr. 8.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, Abth. 2, p. 83, Nr. 7.

Digitized by Google

Von der Concurrenz einer Schuld des Beschädigten.

Das röm. Recht hat den Grundsatz: Ueberall findet keine Klage auf Schadenvergütung statt, wenn der Beschädigte an dem entstandenen Schaden mit Schuld trägt. l. 28 § 1; l. 31. D. 9, 2; l. 10 pr. D. 16, 2; doch läßt sich der Grundsatz: quod quis ex sua culpa damnum sentit non intelligitur sentire (l. 203 D. 50, 17) nicht soweit ausdehnen, daß das eigne Versehen die rechtlichen Nachtheile des dolus von dem Beschädiger abwenden könnte; l. 45 D. 19, 1; l. 9 § 4, l. 31 in fin. D. 9, 2; hier gilt vielmehr die Regel: „dolus culpa pejor".

Das preuß. L.-R. hat folgende, zum Theil unpraktische Regeln aufgestellt: Bei einem gleichen Grade der Verschuldung auf Seiten des Beschädigten und des Beschädigers findet bloß ein Ersatz des unmittelbaren Schadens, nicht auch des mittelbaren [1]) sowie des entgangnen Gewinnes, Statt. §§ 18, 19 u. 21, I, 6. L.-R. Wenn die Verschuldung des Beschädigers größer ist, als die des Beschädigten, so kommt die Verschuldung des Letztern nicht in Betracht; § 19. l. c.; und wenn umgekehrt die Verschuldung des Beschädigten größer ist, als die des Beschädigers, fällt jeder Anspruch auf Schadensersatz weg. § 20. l. c. Dolus und grobes Versehen sind auch hier einander gleichgestellt. §§ 18 u. 19. l. c.

Bei wechselseitigen uno actu oder in eodem negotio erfolgten Beschädigungen, findet nach röm. Recht, wenn beide dolose oder beide culpose gehandelt haben, von keiner Seite ein Anspruch auf Entschädigung statt; l. 36. D. 4, 3; l. 10 pr. D. 16, 2; l. 57 § 3 D. 18, 1; l. 39. D. 24, 3; l. 13 § 5 D. 48, 5. Nach preuß. Recht haftet Jeder dem Andern für den verursachten Schaden. § 22, I, 6. L.-R. Nur in dem Falle des § 357, I, 5. L.-R., sowie dann, wenn zwei Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung bei Gelegenheit derselben sich beschädigt haben, findet auch nach preuß. Recht von keiner Seite ein Anspruch statt; § 23 I, 6. L.-R.

Von der Vererbung der Schuld und der Verbindlichkeit zum Schadensersatz.

Aus jedem von dem Erblasser begangenen Versehen, welches derselbe zu vertreten hatte, können in der Regel auch seine Erben in Anspruch genommen werden; doch gilt nach beiden Rechten für die Erben des Vormundes und Vormundschaftsbeamten die Ausnahme, daß dieselben in dem Falle, wenn von dem Erb-

[1]) Unter mittelbarem Schaden hat man sich hier (§ 19 u. 21, I, 6) wohl nur denjenigen gedacht, der erst durch das Hinzutreten eines andern davon verschiedenen Ereignisses herbeigeführt ist. cf. Bornemann preuß. Civil-Recht Bd. 2, p. 182.

Digitized by Google

lasser noch nicht die Klage beantwortet ist, — si non contra tutorem lis inchoata est — nur für die aus einem groben Versehen entstandene Verbindlichkeit haften. §§ 293, 294 u. 304, II, 18. L.-R. l. 1 C. 5, 54; l. 4 D. 27, 8.

Auch gehen die Delicts-Klagen nach röm. Recht, wenn bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht lis contestirt war, gegen die Erben nur soweit, als sie durch den Schaden bereichert sind, l. un. C. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur; (4, 17); § 9 J. 4, 3; § 1. J. 4, 12; l. 23 § 8 D. 9, 2. Doch folgt die gemeinrechtliche Praxis dem canonischen Rechte c. 5 in f. X de raptoribus 5, 17; c. ult. X de sepult. 3, 28 und macht die Erben, soweit die Erbschaft reicht, verbindlich. [1])

Nach preuß. Recht haften die Benefizialerben ebenfalls nur pro viribus hereditatis, die unbedingten Erben aber auch mit ihrem eigenen Vermögen. § 28, I, 6. L.-R. [2])

Von der Zeit.

Unter computatio civilis versteht man diejenige Zeitrechnung, bei welcher der Kalendertag als ein untheilbarer Zeittheil in der Art behandelt wird, daß der juristische Endpunkt eines Zeitraums entweder in die dem wahren (mathematischen) Endpunkte vorhergehende oder in die nachfolgende Mitternacht gelegt wird. Ihr gegenüber steht die computatio naturalis, welche stets den mathematischen Endpunkt auch als den juristischen betrachtet. Das eben Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: Bei der computatio civilis wird nach ganzen Tagen („ad dies"), bei der computatio naturalis von Moment zu Moment („a momento ad momentum") gerechnet. l. 3, § 3, D. 4, 4; l. 6, D. 41, 3; l. 134, D. 50, 16: „annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus." Da die römischen Rechtsquellen nur einzelne Fälle darbieten, in welchen sie die Computationsart bestimmt haben, so fragt es sich, wie es in den unbestimmt gelassenen Fällen zu halten sei. Die Meinungen der Rechtslehrer sind nun in dieser Beziehung sehr verschieden. Man hat gesagt, die naturalis computatio bilde die Regel, die überall eintreten müsse, wo nicht die civilis als Ausnahme besonders anerkannt sei. [3]) Andere haben die Behauptung aufgestellt,

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 979. Mühlenbruch Pandecten Th. III § 611. Mit der contractlichen oder quasicontractlichen Klage können aber auch nach röm. Recht die Erben wegen Dolus und Culpa des Erblassers in der Regel vollständig in Anspruch genommen werden.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. II § 735.

[3]) So z. B. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 87 und Anmerk. 2 zu diesem §.

Digitized by Google

die civilis gelte in den Instituten des jus civile, die naturalis in denen des jus gentium.[1]) Nach v. Savigny's Ansicht müssen aus den in den röm. Rechtsquellen entschiedenen Fällen Regeln gebildet und dann die nicht entschiedenen Fälle nach diesen Regeln beurtheilt werden.[2]) Er abstrahirt nun aus l. 15, pr. D. 44, 3; l. 6 u. 7, D. 41, 3; l. 1, D. 40, 1; l. 132 u. 134, D. 50, 16. und l. 5, D. 28, 1. den allgemeinen Grundsatz: Wer durch den Ablauf eines Zeitraums ein Recht erwirbt, kann dieses in Anspruch nehmen schon von dem Anfange des letzten Kalendertages an[3]); ferner aus l. 6, D. 44, 7; l. 101. D. 50, 17; l. 30. § 1, D. 48, 5[4]) und l. 1, § 9, D. 38, 9. die allgemeine Regel: Wer durch Unthätigkeit nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums ein Recht verlieren soll, kann noch am ganzen letzten Kalendertag handeln, so daß der Verlust erst mit dem Ablaufe dieses Tages eintritt.[5]) Hiernach ist die computatio civilis als Regel zu betrachten und zugleich die Frage beantwortet, in welchen Fällen bei dieser Rechnungsart der juristische Endpunkt eines Zeitraums in die dem mathematischen Endpunkte vorhergehende und wann er in die nachfolgende Mitternacht gelegt wird; an dies ultimus coeptus habeatur pro completo, oder an novissimus totus dies compleri debeat.[6]) Uebrigens ist es im Erfolg ganz einerlei, ob man sagt: eine Frist werde gleich von ihrem mathematischen (natürlichen) Anfangspunkte an gerechnet, jedoch so, daß der ganze letzte Kalendertag freistehe, oder ob man sich dahin ausdrückt: die Zählung der vorgeschriebenen Tage solle erst mit dem auf den mathematischen Anfangspunkt folgenden Kalendertage anheben.[7])

Ausnahmsweise ist die computatio naturalis vorgeschrieben: a. für die Zeit der zu erlangenden Volljährigkeit und der Restitutionsfähigkeit wegen Minderjährigkeit (l. 3, § 3, D. 4, 4), überhaupt für die Endigung der Curatel und Tutel (pr. J. 1, 22;

---

[1]) Noodt Comm. in Pand. tit. de minoribus.

[2]) v. Savigny System Bd. 4 p. 410 (§ 188).

[3]) v. Savigny a. a. O. § 184.

[4]) Auf den ersten Anblick scheint l. 30, § 1, D. 48, 5. gerade gegen die civilis computatio zu sprechen. Paulus hat jedoch in dieser Stelle den ersten Tag nicht mitgezählt, weil er sonst zu dem absonderlich klingenden Ausspruch: „in diebus sexaginta et ipse sexagesimus et primus est", hätte seine Zuflucht nehmen müssen. Ein Widerspruch zwischen l. 30, § 1, D. 48, 5 und l. 101, D. 50, 17 waltet also nicht ob. v. Savigny System Bd. 4. p. 400 u. 401.

[5]) v. Savigny System Bd. 4. § 185.

[6]) Unter dies novissimus s. postremus wird derjenige Kalendertag verstanden, in welchen der mathematische Endpunkt eines Zeitraums hineinfällt, welcher also nur noch theilweise dem vorgeschriebenen Zeitraume angehört. v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 366 Nr. 16.

[7]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 369.

Digitized by Google

l. ult. C. 5, 60); b. für die Zeit der Pubertät, wenn von Schließung einer rechtmäßigen Ehe die Frage ist (l. 4, D. 23, 2; Nov. 100 cap. 2 pr.), oder wenn es sich um Erlöschung der Pupillarsubstitution handelt (§ 9. J. 2, 16).[1])

Das preuß. L.-R. enthält die (von v. Savigny) entwickelten römisch-rechtlichen Grundsätze in noch größerer Allgemeinheit. Jeder Zeitraum soll, wenn durch seinen Ablauf ein Recht erworben wird, mit dem Anfange des letzten Tages beendet werden (§ 46, I, 3. L.-R.), wenn dadurch ein Recht verloren wird, mit dem Ende des letzten Tages (§ 47, I, 3; §§ 547 u. 549, I, 9. L.-R.) Soll eine Pflicht an einem bestimmten Tage geleistet werden, so kommt dem Verpflichteten der ganze Tag zu statten. § 47, I, 3. L.-R. Eine Berechnung ad momenta kommt daneben gar nicht vor; die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen fängt insbesondere mit dem Anbruch des Geburtstages an. § 18, I, 5. L.-R. Nur in den Fällen, wo eine Frist noch nicht einen ganzen Tag erreicht (cf. z. B. § 902, II, 11. L.-R.), kann natürlich nicht civiliter gerechnet werden. Doch wird unter „24 Stunden" im L.-R. immer der Kalendertag verstanden und eine solche 24stündige Frist ebenfalls civiliter gerechnet, so daß dieselbe innegehalten ist, wenn die Erklärung oder Handlung im Laufe des nächsten Tages erfolgt. (Erk. des Geh. Ob. Trib. vom 21. Aug. 1841. Entsch. Bd. 7, p. 53.)

Die Zeittheile, welche juristisch vorzüglich in Betracht kommen, sind: Tag, Woche Monat und Jahr.

Der Kalendertag (dies civilis) besteht aus dem Lichttag (dies naturalis) und der Nacht (nox). Er wird sowohl nach röm. wie nach preuß. Recht stets von Mitternacht bis zu Mitternacht gerechnet. l. 8, D. 2, 12; § 45, I, 3. § 2173, II, 8. L.-R. Der bewegliche Tag ist ein Zeitraum von gleichem Umfange mit dem Kalendertag.

Die Woche kommt in den Regeln des röm. Rechts gar nicht vor, wohl aber erscheint sie schon frühe im german. Recht;[2]) im preuß. Recht wird sie zu 7 Tagen gerechnet. § 854, II, 8. L.-R. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. v. 6. Jan. 1849.

[1]) v. Holzschuher a. a. O. p. 368 Nr. 18. Nach v. Savigny (System Bd. 4. p. 408) ist l. 3 § 3, D. 4, 4 die einzige Stelle, wo die comp. naturalis mit klaren Worten vorgeschrieben ist; dagegen soll auf den pr. J. 1, 22 gebrauchten Ausdruck „post annum XIV completum" sowie auf die in l. 3, C 5, 60 enthaltenen Worte „post excessum XIV. annorum . . . post impletos XII. annos" kein Gewicht zu legen sein, weil in diesen Stellen nicht die Frage, ob comp. civilis oder naturalis Platz greife, zur Entscheidung vorgelegen habe, also der Gegensatz verschiedener Zeitpunkte im letzten Tage nicht bestimmt ins Auge gefaßt worden sei. p. 417 Anmerk. o. a. a. O.

[2]) v. Savigny System Bd. 4 p. 335.

Digitized by Google

Der Monat besteht nach röm. Recht bei gesetzlichen Bestimmungen aus 30 Tagen; l. 11, § 6; l. 29, § 5, D. 48, 5; l. 1, § 10, D. 48, 16; l. 22, § 2 u. § 11, C. 6, 30; Nov. 115, c. 2. Dasselbe gilt nach preuß. Recht ex anal. des § 550, I, 9. L.-R., welcher bei Verjährungsfristen die Länge eines Monats ausdrücklich auf 30 Tage bestimmt. Bei richterlichen und Privatverfügungen dagegen (z. B. bei auf Monate gestellten Verträgen) wird der Monat nach gem. Recht (das röm. enthält hierüber keinerlei Vorschriften),[1]) von Datum zu Datum gerechnet[2]); ebenso nach preuß. Recht, wo dies bei Wechseln (§ 853, II, 8. L.-R. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord.) Versicherungen (§ 2172, II, 8. L.-R.) und Edictal-Citationen (§ 60 Anh. z. A. G.-O.) ausdrücklich ausgesprochen ist. Ist ein auf Monate lautender Wechsel am letzten Tage eines Monats ausgestellt und der Monat in welchem die Zahlung erfolgen soll, hat weniger Tage, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Endmonats ein. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. cf. auch § 856, II, 8. L.-R. Ein halber Monat ist bei Wechseln gleich 15 Tagen; ist der Wechsel auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen. Art. 32 der Deutsch. Wechsel-Ord. Ist die Zahlungszeit auf die Mitte eines Monats gesetzt, so ist der Wechsel am 15. dieses Monats fällig. Art. 30 a. a. O. cf. auch § 857, II, 8. L.-R.

Das Jahr umfaßt im röm. Recht genau 365 Tage (l. 51, § 2, D. 9, 2; l. 4 § 5, D. 40, 7.) ebenso im preuß. Recht. Welche Modificationen jedoch diese Regel, sowie der Satz, daß der Monat bei gesetzlichen Bestimmungen zu 30 Tagen gerechnet wird, durch das Vorkommen der Schalttage erleidet, soll weiter unten gezeigt werden.

Unter „Jahr und Tag" versteht das deutsche Privatrecht 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage[3]), das longobardische Lehnrecht 1 Jahr und 30 Tage L. I., F. 22 § 1 und l. II. F. 24,[4]) das preuß. L.-R. ebenfalls 1 Jahr und 30 Tage (§ 49, I, 3).

Wenn in Vorstehendem von Woche, Monat und Jahr die Rede war, so wurde darunter immer die bewegliche Zeit (s. g. Geschäftszeit) im Gegensatz der Kalenderzeit gemeint. Was die Letztere anlangt, so mag hier nur Folgendes historisch bemerkt werden. Das älteste Kalenderjahr der Römer — das

---

[1]) Doch war auch den Römern die Zählung nach entsprechenden Monatstagen nicht ganz unbekannt; cf. l. 2 Cod. Th. de decur. (12, 1.)

[2]) Mühlenbruch Th. I. § 85; cf. v. Savigny System Bd. 4. p. 341 sq.

[3]) Phillips Deutsch. Privatrecht Bd. 1. § 67.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 272 Nr. 24.

Digitized by Google

s. g. romulische, — bestand aus 10 Monaten oder 104 Tagen. Hierauf folgte das s. g. numaische, welches aus 12 Monaten, die 355 Tage enthielten, bestand und bis auf Cäsars Zeit in Anwendung blieb. Ein Jahr um das andere wurde ein ganzer Monat, Mercedonius genannt, eingeschaltet, welcher abwechselnd 22 und 23 Tage enthielt. Durch Julius Caesar, welcher das Jahr 708 dazu benützte, die allmählig angehäufte Verwirrung zu absorbiren — dies Jahr heißt daher „annus confusionis ultimus" — wurde das s. g. julianische Jahr, regelmäßig aus 365 Tagen bestehend, eingeführt. Alle 4 Jahre ward jedoch ein Tag zwischen dem 23. u. 24. Februar eingeschaltet. Der Schalttag (nach unsrer Zählart der 24. Februar) galt mit dem darauf folgenden Tage im juristischen Sinne nur für Einen Tag (l. 3. § 3. D. 4, 4: „nam id biduum pro uno die habetur" l. 98, pr. D. 50, 16.) Dies aus 2 Tagen bestehende Ganze ward bissextum genannt, weil nach der römischen Zählart der Tage der dies VI. ante Cal. Mart. dadurch verdoppelt wurde. — Im 16. Jahrhunderte erfolgte eine Verbesserung des julianischen Kalenders durch Papst Gregor XIII. Nach dem gregorianischen Kalender, welcher im J. 1700 in Preußen unter dem Titel eines „verbesserten Kalenders" eingeführt wurde, fallen alle 400 Jahre 3 Schalttage aus.[1]) Im preuß. Recht gilt der 29. Februar als Schalttag[2]); dagegen ist nach v. Savigny's Ausführung im gem. Rechte noch der 24. Februar als Schalttag anzusehen.[3])

Es ist hier noch näher auf die juristische Behandlung des Schalttags einzugehen.

Der römisch-rechtliche Grundsatz, daß der Schalttag und der auf ihn folgende Tag juristisch als Ein Ganzes betrachtet werden, gilt im röm. und gem. Recht[4]) in nachstehenden Fällen:

1) bei allen gesetzlich bestimmten Zeiträumen; dies ist ausdrücklich vorgeschrieben in l. 3, § 3, D. 4, 4. für den Zeitraum der Minderjährigkeit, ferner in l. 2, D. 44, 3. für die gesetzliche Frist des Urtheilsvollzugs (tempus constitutum judicatis), für die Usucapion und Klagenverjährung.

Doch ist es wegen der eben allegirten l. 2, D. 44, 3. streitig, ob

---

[1]) Ideler Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie. 2 Bde. v. Savigny System Bd. 4. § 179 u. 192. Koch Lehrbuch Th. I. § 220.

[2]) Dies ist zwar nirgends vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen, folgt jedoch aus dem in § 549, I, 9. L.-R. enthaltenen Falle. Andrer Meinung ist Koch Lehrbuch Bd. 1. § 222.

[3]) v. Savigny System Bd. 4. p. 457 sq.

[4]) Die Gültigkeit jenes Grundsatzes für das heutige gemeine Recht wird von Manchen überhaupt bestritten; jedoch mit Unrecht. v. Savigny System Bd. 4. p. 475 sq.

Digitized by Google

der Schalttag nur bei gesetzlichen Fristen, die nach Jahren oder Monaten zugemessen sind, oder auch bei solchen, die in einer Zahl von Tagen ausgedrückt sind, nicht mitgezählt werde. Für die letzte Alternative entscheidet sich u. A. v. Savigny, (System Bd. 4. p. 469 u. 470), für die erste Glück (Bd. 3. p. 526.) [1])

2) bei allen richterlichen Fristbestimmungen, also auch bei allen gesetzlichen und richterlichen Prozeßfristen, selbst bei der 10tägigen Appellationsfrist — nach v. Savigny's Ansicht (System Bd. 4, p. 470). Dagegen ist Glück P. E. Bd. 3, p. 526, dessen Meinung die in den Gerichten gebräuchliche zu sein scheint.[2]) Darüber jedoch, daß die in einer Zahl von Wochen ausgedrückte Frist durch den etwa einfallenden Schalttag nicht verlängert wird, kann kaum ein Zweifel obwalten, da bei der Wochenzählung immer nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag gesehen wird, der Schalttag also die Wochenzählung nicht im Entferntesten tangiren kann.[3])

Bei vertragsmäßigen Fristen kommt Alles auf die Interpretation des wahrscheinlichen Willens der Parteien an. Bei solchen, die in einer Zahl von Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, und in deren Lauf Schalttage hineinfallen, wird anzunehmen sein, daß die Parteien, als sie die Frist verabredeten, lediglich an den wiederkehrenden Kalendertag eines folgenden Monats oder Jahres dachten und die Verlängerung der Frist durch die Schalttage wollten geschehen lassen. Bei denjenigen conventionellen Fristen dagegen, welche in einer Anzahl von Tagen ausgedrückt sind, ist anzunehmen, daß die Parteien so viel mal 24 Stunden gemeint haben, als Tage bestimmt sind, und der Schalttag daher als ein besonderer Tag mitzuzählen.[4]) Cf. l. 2 in fin. D. 44, 3.

Wenn bei denjenigen Fristen, wo der Schalttag nicht besonders in Rechnung kommt,

a. der Schalttag in den Lauf der Frist hineinfällt, so verlängert er sie, d. h. er wird als gar nicht vorhanden angesehen;

b. wenn der Anfang des Zeitraums in den 24. Februar eines Gemeinjahres, das Ende aber in ein Schaltjahr fällt, so liegt der Endpunkt in dem 25. Februar;

---

[1]) Der Grund, warum bei den in l. 2, D. 44, 3. erwähnten ersten 4 Zeiträumen der Schalttag nicht mitgezählt werden soll, wohl aber bei dem 5., nämlich bei dem der lex commissoria, ist zweifelsohne darin zu suchen, daß die ersten 4 Zeiträume auf Gesetzen, der 5. auf einem Vertrage beruht. Dieser Unterschied ist allein entscheidend.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 371.

[3]) v. Savigny System Bd. 1. p. 471. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 371, Nr. 22 b.

[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 471.

Digitized by Google

c. wenn der Anfang des Zeitraums in den 25. Februar eines Schaltjahres und das Ende aa. in ein Gemeinjahr fällt, so liegt der Endpunkt im 24. Februar; bb. fällt das Ende wieder in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt im 25. Februar.

d. wenn der Anfang in einen Schalttag fällt, so liegt der Endpunkt aa. in einem gemeinen Jahr in dem 24. Februar, bb. in einem Schaltjahr liegt der Endpunkt im 25. Februar. l. 98 pr. D. 50, 16; l. 3 § 3, D. 4, 4.[1])

Vorstehende Grundsätze haben im preuß. Recht nur insofern Anerkennung gefunden, als:

1) bei der 30jährigen Extinctivverjährung gesagt wird: durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert; ist die Verjährung in einem Schaltjahre mit dem 29. Februar angefangen, so läuft sie mit dem letzten Februar desjenigen Jahres ab, welches die Verjährungsfrist beschließt. §§ 548 u. 549, I, 9. L.-R.

2) bei einem am 29. Februar auf Jahre ausgestellten Wechsel ist in einem Gemeinjahre der 28. Februar der Verfalltag. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. cf. § 859, II, 8. L.-R. und §§ 855 und 856 a. a. O.

3) bei Versicherungen ist die in der Police nach Jahren oder Monaten bestimmte Dauer der Gefahr von Datum zu Datum („nach dem Kalender") zu berechnen. § 2172, II, 8. L.-R.

Aus diesen Bestimmungen[2]) ergiebt sich, daß nach preuß. Recht der Schalttag überhaupt nur bei Fristen, die von Datum zu Datum zu berechnen sind, als nicht vorhanden angesehen werden kann, während er nach röm. Recht selbst bei den nach Tagen bestimmten Zeiträumen meist nicht mitgezählt wird.

Zum Schluß ist noch von dem tempus utile und tempus continuum des röm. Rechts zu sprechen.

Unter tempus utile wird eine Frist verstanden, bei welcher die Tage der Verhinderung aus der Rechnung ausfallen, welche also um ebenso viele Zeittheile thatsächlich erweitert wird, als durch das Hinderniß aus der Berechnung ausgefallen sind. l. 2. D. 38, 15. Wo diese Modification nicht zur Anwendung kommt, die Tage der Verhinderung also mitgezählt werden, ist tempus continuum vorhanden. Das Eigenthümliche des tempus utile besteht aber darin, daß jene Verlängerung der Frist ganz von

[1]) v. Savigny System Bd. 4. p. 172 sq.
[2]) Koch generalisirt dieselben. Lehrbuch Bd. 1. § 222.

Digitized by Google

selbst, in Folge einer allgemeinen Rechtsregel (ipso jure) eintritt und nicht etwa durch eine Restitution.[1])

Das utile tempus setzt, um Anwendung finden zu können, voraus:

1) daß ein Zeitraum vorliegt, in welchem die Unthätigkeit eines Berechtigten den Verlust des Rechts nach sich zieht,[2])
2) daß die Handlungen, deren Unterlassung den Rechtsverlust bewirkt, vor einer richterlichen Obrigkeit vorzunehmen sind,[3])
3) daß der Zeitraum durch eine allgemeine Rechtsregel, nicht durch individuellen Willen bestimmt ist,[4])
4) daß der vorgeschriebene Zeitraum nicht mehr als Ein Jahr beträgt,[5])
5) daß das Hinderniß auf vorübergehenden, meist ganz zufälligen Umständen beruhe (wie z. B. Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst ꝛc.), nicht aber an einen dauernden Zustand der Person geknüpft sei (z. B. an Minderjährigkeit, Wahnsinn ꝛc.)[6])

Hiernach kommt das tempus utile im röm. Recht hauptsächlich nur bei der bonorum possessio und den Klageverjährungen von einjähriger oder noch geringerer Dauer vor; das tempus continuum bildet die Regel. Schon im justin. Recht hat die eben dargestellte Lehre einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren, noch mehr im heutigen gem. Recht, wo das utile tempus nur noch bei wenigen Klagen Anwendung findet.[7]) Zu den Hindernissen, durch die das utile tempus anwendbar werden kann, gehörten im röm. Recht vornämlich die dies nefasti, d. h. die Tage, welche zu gerichtlichen Geschäften nicht gebraucht werden durften. Ja, diese dies nefasti haben wahrscheinlich zur Ausbildung des utile tempus Veranlassung gegeben. Doch ist dies für die Römer wichtigste Hinderniß aus unserm heutigen Recht in Folge der veränderten Gerichtseinrichtung verschwunden.[8]) — Die Unwissenheit des zum Handeln Berufenen über sein Recht wird von vielen Rechtslehrern als ein allgemeiner Grund zur Anwendung des utile tempus ange-

---

[1]) v. Savigny System Bd. 4, p. 423.
[2]) v. Savigny System Bd. 4, p. 422.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 424.
[4]) Derselbe a. a. O. p. 426.
[5]) Derselbe a. a. O. p. 426.
[6]) Derselbe a. a. O. p. 428 sq. 436 sq.
[7]) Derselbe a. a. O. p. 444—446.
[8]) Derselbe a. a. O. p. 432 und 433.

Digitized by Google

sehen; [1]) nach v. Savigny's Ausführung kommt jedoch jene Unwissenheit bei der Klageverjährung nicht in Betracht; wogegen es Fälle giebt, in denen continuum tempus gilt und dennoch die Unwissenheit den Lauf des vorgeschriebenen Zeitraums hindert. [2]) Hiernach soll die Beachtung oder Nichtbeachtung der Unwissenheit von dem Gegensatz des utile und continuum tempus völlig unabhängig sein und in denselben gar nicht hereingezogen werden dürfen. [3])

Viele Rechtslehrer unterscheiden: [4])

1) continuum tempus utraque ratione, (hier werden Hindernisse gar nicht berücksichtigt,)
2) utile ratione initii, continuum ratione cursus, (hier sollen Hindernisse, wenn die Frist einmal angefangen hat zu laufen, nicht mehr berücksichtigt werden.)
3) continuum ratione initii, utile ratione cursus, (hier sollen lediglich die im Lauf der unbedingt anfangenden Zeit eintretenden Hindernisse Einfluß auf die Berechnung haben.)
4) utile utraque ratione, (hier werden Hindernisse sowohl am Anfange als während des Laufs der Frist berücksichtigt.)

Gegen diese vierfache Eintheilung erklärt sich v. Savigny, [5]) dem sich auch viele andere Juristen angeschlossen haben. [6]) — Ob bei einem tempus utile auch die computatio civilis Anwendung finden könne, ist streitig. [7]) v. Savigny bejaht es. [8])

Für das preuß. Recht ist die Lehre vom tempus utile völlig unpraktisch; die in den §§ 45, 51, I, 4; §§ 54 sq. I, 6; §§ 512, 516 sq. I, 9. L.-R. enthaltenen Bestimmungen haben mit ihr nichts gemein, wenn auch eine gewisse Verwandtschaft oder Aehnlichkeit nicht zu verkennen ist.

---

[1]) So z. B. von Mühlenbruch (Pandecten Th. I. § 86), welcher den Ausdruck „dies quibus experiundi potestas non est“ auch auf die Zeit der Unwissenheit bezieht.
[2]) v. Savigny a. a. O. p. 434 und 435.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 436.
[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 374 Nr. 28. Mühlenbruch Pandecten Th. I, § 86.
[5]) v. Savigny a. a. O. p. 446 sq.
[6]) v. Holzschuher a. a. O. p. 374.
[7]) Derselbe a. a. O. p. 369.
[8]) v. Savigny a. a. O. p. 442.

Digitized by Google

Von der Concurrenz einer Schuld des Beschädigten.

Das röm. Recht hat den Grundsatz: Ueberall findet keine Klage auf Schadenvergütung statt, wenn der Beschädigte an dem entstandenen Schaden mit Schuld trägt. l. 28 § 1; l. 31. D. 9, 2; l. 10 pr. D. 16, 2; doch läßt sich der Grundsatz: quod quis ex sua culpa damnum sentit non intelligitur sentire (l. 203 D. 50, 17) nicht soweit ausdehnen, daß das eigne Versehen die rechtlichen Nachtheile des dolus von dem Beschädiger abwenden könnte; l. 45 D. 19, 1; l. 9 § 4, l. 31 in fin. D. 9, 2; hier gilt vielmehr die Regel: „dolus culpa pejor".

Das preuß. L.-R. hat folgende, zum Theil unpraktische Regeln aufgestellt: Bei einem gleichen Grade der Verschuldung auf Seiten des Beschädigten und des Beschädigers findet bloß ein Ersatz des unmittelbaren Schadens, nicht auch des mittelbaren [1]) sowie des entgangnen Gewinnes, Statt. §§ 18, 19 u. 21, I, 6. L.-R. Wenn die Verschuldung des Beschädigers größer ist, als die des Beschädigten, so kommt die Verschuldung des Letztern nicht in Betracht; § 19. l. c.; und wenn umgekehrt die Verschuldung des Beschädigten größer ist, als die des Beschädigers, fällt jeder Anspruch auf Schadensersatz weg. § 20. l. c. Dolus und grobes Versehen sind auch hier einander gleichgestellt. §§ 18 u. 19. l. c.

Bei wechselseitigen uno actu oder in eodem negotio erfolgten Beschädigungen, findet nach röm. Recht, wenn beide dolose oder beide culpose gehandelt haben, von keiner Seite ein Anspruch auf Entschädigung statt; l. 36. D. 4, 3; l. 10 pr. D. 16, 2; l. 57 § 3 D. 18, 1; l. 39. D. 24, 3; l. 13 § 5 D. 48, 5. Nach preuß. Recht haftet Jeder dem Andern für den verursachten Schaden. § 22, I, 6. L.-R. Nur in dem Falle des § 357, I, 5. L.-R., sowie dann, wenn zwei Theilnehmer an einer unerlaubten Handlung bei Gelegenheit derselben sich beschädigt haben, findet auch nach preuß. Recht von keiner Seite ein Anspruch statt; § 23 I, 6. L.-R.

Von der Vererbung der Schuld und der Verbindlichkeit zum Schadensersatz.

Aus jedem von dem Erblasser begangenen Versehen, welches derselbe zu vertreten hatte, können in der Regel auch seine Erben in Anspruch genommen werden; doch gilt nach beiden Rechten für die Erben des Vormundes und Vormundschaftsbeamten die Ausnahme, daß dieselben in dem Falle, wenn von dem Erb-

[1]) Unter mittelbarem Schaden hat man sich hier (§ 19 u. 21, I, 6) wohl nur denjenigen gedacht, der erst durch das Hinzutreten eines andern davon verschiedenen Ereignisses herbeigeführt ist. cf. Bornemann preuß. Civil-Recht Bd. 2, p. 182.

Digitized by Google

lasser noch nicht die Klage beantwortet ist, — si non contra tutorem lis inchoata est — nur für die aus einem groben Versehen entstandene Verbindlichkeit haften. §§ 293, 294 u. 304, II, 18. L.-R. l. 1 C. 5, 54; l. 4 D. 27, 8.

Auch gehen die Delicts-Klagen nach röm. Recht, wenn bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht lis contestirt war, gegen die Erben nur soweit, als sie durch den Schaden bereichert sind, l. un. C. ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur; (4, 17); § 9 J. 4, 3; § 1. J. 4, 12; l. 23 § 8 D. 9, 2. Doch folgt die gemeinrechtliche Praxis dem canonischen Rechte c. 5 in f. X de raptoribus 5, 17; c. ult. X de sepult. 3, 28 und macht die Erben, soweit die Erbschaft reicht, verbindlich. [1])

Nach preuß. Recht haften die Benefizialerben ebenfalls nur pro viribus hereditatis, die unbedingten Erben aber auch mit ihrem eigenen Vermögen. § 28, I, 6. L.-R. [2])

Von der Zeit.

Unter computatio civilis versteht man diejenige Zeitrechnung, bei welcher der Kalendertag als ein untheilbarer Zeittheil in der Art behandelt wird, daß der juristische Endpunkt eines Zeitraums entweder in die dem wahren (mathematischen) Endpunkte vorhergehende oder in die nachfolgende Mitternacht gelegt wird. Ihr gegenüber steht die computatio naturalis, welche stets den mathematischen Endpunkt auch als den juristischen betrachtet. Das eben Gesagte läßt sich auch so ausdrücken: Bei der computatio civilis wird nach ganzen Tagen („ad dies"), bei der computatio naturalis von Moment zu Moment („a momento ad momentum") gerechnet. l. 3, § 3, D. 4, 4; l. 6, D. 41, 3; l. 134, D. 50, 16: „annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus." Da die römischen Rechtsquellen nur einzelne Fälle darbieten, in welchen sie die Computationsart bestimmt haben, so fragt es sich, wie es in den unbestimmt gelassenen Fällen zu halten sei. Die Meinungen der Rechtslehrer sind nun in dieser Beziehung sehr verschieden. Man hat gesagt, die naturalis computatio bilde die Regel, die überall eintreten müsse, wo nicht die civilis als Ausnahme besonders anerkannt sei. [3]) Andere haben die Behauptung aufgestellt,

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 979. Mühlenbruch Pandecten Th. III § 611. Mit der contractlichen oder quasicontractlichen Klage können aber auch nach röm. Recht die Erben wegen Dolus und Culpa des Erblassers in der Regel vollständig in Anspruch genommen werden.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. II § 735.

[3]) So z. B. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 87 und Anmerk. 2 zu diesem §.

Digitized by Google

die civilis gelte in den Instituten des jus civile, die naturalis in denen des jus gentium.[1]) Nach v. Savigny's Ansicht müssen aus den in den röm. Rechtsquellen entschiedenen Fällen Regeln gebildet und dann die nicht entschiedenen Fälle nach diesen Regeln beurtheilt werden.[2]) Er abstrahirt nun aus l. 15, pr. D. 44, 3; l. 6 u. 7, D. 41, 3; l. 1, D. 40, 1; l. 132 u. 134, D. 50, 16. und l. 5, D. 28, 1. den allgemeinen Grundsatz: Wer durch den Ablauf eines Zeitraums ein Recht erwirbt, kann dieses in Anspruch nehmen schon von dem Anfange des letzten Kalendertages an[3]); ferner aus l. 6, D. 44, 7; l. 101. D. 50, 17; l. 30. § 1, D. 48, 5[4]) und l. 1, § 9, D. 38, 9. die allgemeine Regel: Wer durch Unthätigkeit nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums ein Recht verlieren soll, kann noch am ganzen letzten Kalendertag handeln, so daß der Verlust erst mit dem Ablaufe dieses Tages eintritt.[5]) Hiernach ist die computatio civilis als Regel zu betrachten und zugleich die Frage beantwortet, in welchen Fällen bei dieser Rechnungsart der juristische Endpunkt eines Zeitraums in die dem mathematischen Endpunkte vorhergehende und wann er in die nachfolgende Mitternacht gelegt wird; an dies ultimus coeptus habeatur pro completo, oder an novissimus totus dies compleri debeat.[6]) Uebrigens ist es im Erfolg ganz einerlei, ob man sagt: eine Frist werde gleich von ihrem mathematischen (natürlichen) Anfangspunkte an gerechnet, jedoch so, daß der ganze letzte Kalendertag freistehe, oder ob man sich dahin ausdrückt: die Zählung der vorgeschriebenen Tage solle erst mit dem auf den mathematischen Anfangspunkt folgenden Kalendertage anheben.[7])

Ausnahmsweise ist die computatio naturalis vorgeschrieben: a. für die Zeit der zu erlangenden Volljährigkeit und der Restitutionsfähigkeit wegen Minderjährigkeit (l. 3, § 3, D. 4, 4), überhaupt für die Endigung der Curatel und Tutel (pr. J. 1, 22;

[1]) Noodt Comm. in Pand. tit. de minoribus.
[2]) v. Savigny System Bd. 4 p. 410 (§ 188).
[3]) v. Savigny a. a. O. § 184.
[4]) Auf den ersten Anblick scheint l. 30, § 1, D. 48, 5. gerade gegen die civilis computatio zu sprechen. Paulus hat jedoch in dieser Stelle den ersten Tag nicht mitgezählt, weil er sonst zu dem absonderlich klingenden Ausspruch: „in diebus sexaginta et ipse sexagesimus et primus est", hätte seine Zuflucht nehmen müssen. Ein Widerspruch zwischen l. 30, § 1, D. 48, 5 und l. 101, D. 50, 17 waltet also nicht ob. v. Savigny System Bd. 4. p. 400 u. 401.
[5]) v. Savigny System Bd. 4. § 185.
[6]) Unter dies novissimus s. postremus wird derjenige Kalendertag verstanden, in welchen der mathematische Endpunkt eines Zeitraums hineinfällt, welcher also nur noch theilweise dem vorgeschriebenen Zeitraume angehört. v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 366 Nr. 16.
[7]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 369.

Digitized by Google

l. ult. C. 5, 60); b. für die Zeit der Pubertät, wenn von Schließung einer rechtmäßigen Ehe die Frage ist (l. 4, D. 23, 2; Nov. 100 cap. 2 pr.), oder wenn es sich um Erlöschung der Pupillarsubstitution handelt (§ 9. J. 2, 16).[1])

Das preuß. L.-R. enthält die (von v. Savigny) entwickelten römisch-rechtlichen Grundsätze in noch größerer Allgemeinheit. Jeder Zeitraum soll, wenn durch seinen Ablauf ein Recht erworben wird, mit dem Anfange des letzten Tages beendet werden (§ 46, I, 3. L.-R.), wenn dadurch ein Recht verloren wird, mit dem Ende des letzten Tages (§ 47, I, 3; §§ 547 u. 549, I, 9. L.-R.) Soll eine Pflicht an einem bestimmten Tage geleistet werden, so kommt dem Verpflichteten der ganze Tag zu statten. § 47, I, 3. L.-R. Eine Berechnung ad momenta kommt daneben gar nicht vor; die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen fängt insbesondere mit dem Anbruch des Geburtstages an. § 18, I, 5. L.-R. Nur in den Fällen, wo eine Frist noch nicht einen ganzen Tag erreicht (cf. z. B. § 902, II, 11. L.-R.), kann natürlich nicht civiliter gerechnet werden. Doch wird unter „24 Stunden" im L.-R. immer der Kalendertag verstanden und eine solche 24stündige Frist ebenfalls civiliter gerechnet, so daß dieselbe innegehalten ist, wenn die Erklärung oder Handlung im Laufe des nächsten Tages erfolgt. (Erk. des Geh. Ob. Trib. vom 21. Aug. 1841. Entsch. Bd. 7, p. 53.)

Die Zeittheile, welche juristisch vorzüglich in Betracht kommen, sind: Tag, Woche Monat und Jahr.

Der Kalendertag (dies civilis) besteht aus dem Lichttag (dies naturalis) und der Nacht (nox). Er wird sowohl nach röm. wie nach preuß. Recht stets von Mitternacht bis zu Mitternacht gerechnet. l. 8, D. 2, 12; § 45, I, 3. § 2173, II, 8. L.-R. Der bewegliche Tag ist ein Zeitraum von gleichem Umfange mit dem Kalendertag.

Die Woche kommt in den Regeln des röm. Rechts gar nicht vor, wohl aber erscheint sie schon frühe im german. Recht;[2]) im preuß. Rechte wird sie zu 7 Tagen gerechnet. § 854, II, 8. L.-R. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. v. 6. Jan. 1849.

[1]) v. Holzschuher a. a. O. p. 368 Nr. 18. Nach v. Savigny (System Bd. 4. p. 408) ist l. 3 § 3, D. 4, 4 die einzige Stelle, wo die comp. naturalis mit klaren Worten vorgeschrieben ist; dagegen soll auf den pr. J. 1, 22 gebrauchten Ausdruck „post annum XIV completum" sowie auf die in l. 3, C 5, 60 enthaltenen Worte „post excessum XIV. annorum . . . post impletos XII. annos" kein Gewicht zu legen sein, weil in diesen Stellen nicht die Frage, ob comp. civilis oder naturalis Platz greife, zur Entscheidung vorgelegen habe, also der Gegensatz verschiedener Zeitpunkte im letzten Tage nicht bestimmt ins Auge gefaßt worden sei. p. 417 Anmerk. o. a. a. O.

[2]) v. Savigny System Bd. 4 p. 335.

Digitized by Google

Der Monat besteht nach röm. Recht bei gesetzlichen Bestimmungen aus 30 Tagen; l. 11, § 6; l. 29, § 5, D. 48, 5; l. 1, § 10, D. 48, 16; l. 22, § 2 u. § 11, C. 6, 30; Nov. 115, c. 2. Dasselbe gilt nach preuß. Recht ex anal. des § 550, I, 9. L.-R., welcher bei Verjährungsfristen die Länge eines Monats ausdrücklich auf 30 Tage bestimmt. Bei richterlichen und Privatverfügungen dagegen (z. B. bei auf Monate gestellten Verträgen) wird der Monat nach gem. Recht (das röm. enthält hierüber keinerlei Vorschriften), [1]) von Datum zu Datum gerechnet [2]); ebenso nach preuß. Recht, wo dies bei Wechseln (§ 855, II, 8. L.-R. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord.) Versicherungen (§ 2172, II, 8. L.-R.) und Edictal-Citationen (§ 60 Anh. z. A. G.-O.) ausdrücklich ausgesprochen ist. Ist ein auf Monate lautender Wechsel am letzten Tage eines Monats ausgestellt und der Monat in welchem die Zahlung erfolgen soll, hat weniger Tage, so tritt die Verfallzeit am letzten Tage des Endmonats ein. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. cf. auch § 856, II, 8. L.-R. Ein halber Monat ist bei Wechseln gleich 15 Tagen; ist der Wechsel auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die 15 Tage zuletzt zu zählen. Art. 32 der Deutsch. Wechsel-Ord. Ist die Zahlungszeit auf die Mitte eines Monats gesetzt, so ist der Wechsel am 15. dieses Monats fällig. Art. 30 a. a. O. cf. auch § 857, II, 8. L.-R.

Das Jahr umfaßt im röm. Recht genau 365 Tage (l. 51, § 2, D. 9, 2; l. 4 § 5, D. 40, 7.) ebenso im preuß. Recht. Welche Modificationen jedoch diese Regel, sowie der Satz, daß der Monat bei gesetzlichen Bestimmungen zu 30 Tagen gerechnet wird, durch das Vorkommen der Schalttage erleidet, soll weiter unten gezeigt werden.

Unter „Jahr und Tag" versteht das deutsche Privatrecht 1 Jahr 6 Wochen und 3 Tage [3]), das longobardische Lehnrecht 1 Jahr und 30 Tage L. I., F. 22 § 1 und l. II. F. 24, [4]) das preuß. L.-R. ebenfalls 1 Jahr und 30 Tage (§ 49, I, 3).

Wenn in Vorstehendem von Woche, Monat und Jahr die Rede war, so wurde darunter immer die bewegliche Zeit (cf. g. Geschäftszeit) im Gegensatz der Kalenderzeit gemeint. Was die Letztere anlangt, so mag hier nur Folgendes historisch bemerkt werden. Das älteste Kalenderjahr der Römer — das

---

[1]) Doch war auch den Römern die Zählung nach entsprechenden Monatstagen nicht ganz unbekannt; cf. l. 2 Cod. Th. de decur. (12, 1.)

[2]) Mühlenbruch Th. I. § 85; cf. v. Savigny System Bd. 4. p. 341 sq.

[3]) Phillips Deutsch. Privatrecht Bd. 1. § 67.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 272 Nr. 24.

Digitized by Google

s. g. romulische, — bestand aus 10 Monaten oder 104 Tagen. Hierauf folgte das s. g. numaische, welches aus 12 Monaten, die 355 Tage enthielten, bestand und bis auf Cäsars Zeit in Anwendung blieb. Ein Jahr um das andere wurde ein ganzer Monat, Mercedonius genannt, eingeschaltet, welcher abwechselnd 22 und 23 Tage enthielt. Durch Julius Caesar, welcher das Jahr 708 dazu benützte, die allmählig angehäufte Verwirrung zu absorbiren — dies Jahr heißt daher „annus confusionis ultimus" — wurde das s. g. julianische Jahr, regelmäßig aus 365 Tagen bestehend, eingeführt. Alle 4 Jahre ward jedoch ein Tag zwischen dem 23. u. 24. Februar eingeschaltet. Der Schalttag (nach unsrer Zählart der 24. Februar) galt mit dem darauf folgenden Tage im juristischen Sinne nur für Einen Tag (l. 3. § 3. D. 4, 4: „nam id biduum pro uno die habetur" l. 98, pr. D. 50, 16.) Dies aus 2 Tagen bestehende Ganze ward bissextum genannt, weil nach der römischen Zählart der Tage der dies VI. ante Cal. Mart. dadurch verdoppelt wurde. — Im 16. Jahrhunderte erfolgte eine Verbesserung des julianischen Kalenders durch Papst Gregor XIII. Nach dem gregorianischen Kalender, welcher im J. 1600 in Preußen unter dem Titel eines „verbesserten Kalenders" eingeführt wurde, fallen alle 400 Jahre 3 Schalttage aus.[1]) Im preuß. Recht gilt der 29. Februar als Schalttag[2]); dagegen ist nach v. Savigny's Ausführung im gem. Rechte noch der 24. Februar als Schalttag anzusehen.[3])

Es ist hier noch näher auf die juristische Behandlung des Schalttags einzugehen.

Der römisch-rechtliche Grundsatz, daß der Schalttag und der auf ihn folgende Tag juristisch als Ein Ganzes betrachtet werden, gilt im röm. und gem. Recht[4]) in nachstehenden Fällen:

1) bei allen gesetzlich bestimmten Zeiträumen; dies ist ausdrücklich vorgeschrieben in l. 3, § 3, D. 4, 4. für den Zeitraum der Minderjährigkeit, ferner in l. 2, D. 44, 3. für die gesetzliche Frist des Urtheilsvollzugs (tempus constitutum judicatis), für die Usucapion und Klagenverjährung.

Doch ist es wegen der eben allegirten l. 2, D. 44, 3. streitig, ob

---

[1]) Ideler Handbuch der mathematischen und technischen Chronologie. 2 Bde. v. Savigny System Bd. 4. § 179 u. 192. Koch Lehrbuch Th. I. § 220.

[2]) Dies ist zwar nirgends vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen, folgt jedoch aus dem in § 549, I, 9. L.-R. enthaltenen Falle. Andrer Meinung ist Koch Lehrbuch Bd. 1. § 222.

[3]) v. Savigny System Bd. 4. p. 457 sq.

[4]) Die Gültigkeit jenes Grundsatzes für das heutige gemeine Recht wird von Manchen überhaupt bestritten; jedoch mit Unrecht. v. Savigny System Bd. 4. p. 475 sq.

Digitized by Google

der Schalttag nur bei gesetzlichen Fristen, die nach Jahren oder Monaten zugemessen sind, oder auch bei solchen, die in einer Zahl von Tagen ausgedrückt sind, nicht mitgezählt werde. Für die letzte Alternative entscheidet sich u. A. v. Savigny, (System Bd. 4. p. 469 u. 470), für die erste Glück (Bd. 3. p. 526.) [1])

2) bei allen richterlichen Fristbestimmungen, also auch bei allen gesetzlichen und richterlichen Prozeßfristen, selbst bei der 10tägigen Appellationsfrist — nach v. Savigny's Ansicht (System Bd. 4, p. 470). Dagegen ist Glück P. E. Bd. 3, p. 526, dessen Meinung die in den Gerichten gebräuchliche zu sein scheint.[2]) Darüber jedoch, daß die in einer Zahl von Wochen ausgedrückte Frist durch den etwa einfallenden Schalttag nicht verlängert wird, kann kaum ein Zweifel obwalten, da bei der Wochenzählung immer nur auf den wiederkehrenden gleichnamigen Wochentag gesehen wird, der Schalttag also die Wochenzählung nicht im Entferntesten tangiren kann.[3])

Bei vertragsmäßigen Fristen kommt Alles auf die Interpretation des wahrscheinlichen Willens der Parteien an. Bei solchen, die in einer Zahl von Monaten oder Jahren ausgedrückt sind, und in deren Lauf Schalttage hineinfallen, wird anzunehmen sein, daß die Parteien, als sie die Frist verabredeten, lediglich an den wiederkehrenden Kalendertag eines folgenden Monats oder Jahres dachten und die Verlängerung der Frist durch die Schalttage wollten geschehen lassen. Bei denjenigen conventionellen Fristen dagegen, welche in einer Anzahl von Tagen ausgedrückt sind, ist anzunehmen, daß die Parteien so viel mal 24 Stunden gemeint haben, als Tage bestimmt sind, und der Schalttag daher als ein besonderer Tag mitzuzählen.[4]) Cf. l. 2 in fin. D. 44, 3.

Wenn bei denjenigen Fristen, wo der Schalttag nicht besonders in Rechnung kommt,

a. der Schalttag in den Lauf der Frist hineinfällt, so verlängert er sie, d. h. er wird als gar nicht vorhanden angesehen;

b. wenn der Anfang des Zeitraums in den 24. Februar eines Gemeinjahres, das Ende aber in ein Schaltjahr fällt, so liegt der Endpunkt in dem 25. Februar;

---

[1]) Der Grund, warum bei den in l. 2, D. 44, 3. erwähnten ersten 4 Zeiträumen der Schalttag nicht mitgezählt werden soll, wohl aber bei dem 5., nämlich bei dem der lex commissoria, ist zweifelsohne darin zu suchen, daß die ersten 4 Zeiträume auf Gesetzen, der 5. auf einem Vertrage beruht. Dieser Unterschied ist allein entscheidend.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1. p. 371.

[3]) v. Savigny System Bd. 1. p. 471. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 371, Nr. 22 b.

[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 471.

Digitized by Google

c. wenn der Anfang des Zeitraums in den 25. Februar eines Schaltjahres und das Ende aa. in ein Gemeinjahr fällt, so liegt der Endpunkt im 24. Februar; bb. fällt das Ende wieder in ein Schaltjahr, so liegt der Endpunkt im 25. Februar.

d. wenn der Anfang in einen Schalttag fällt, so liegt der Endpunkt aa. in einem gemeinen Jahr in dem 24. Februar, bb. in einem Schaltjahr liegt der Endpunkt im 25. Februar. l. 98 pr. D. 50, 16; l. 3 § 3, D. 4, 4.[1])

Vorstehende Grundsätze haben im preuß. Recht nur insofern Anerkennung gefunden, als:

1) bei der 30jährigen Extinctivverjährung gesagt wird: durch die bei Schaltjahren zutretenden Tage wird die Verjährungszeit nicht geändert; ist die Verjährung in einem Schaltjahre mit dem 29. Februar angefangen, so läuft sie mit dem letzten Februar desjenigen Jahres ab, welches die Verjährungsfrist beschließt. §§ 548 u. 549, I, 9. L.-R.

2) bei einem am 29. Februar auf Jahre ausgestellten Wechsel ist in einem Gemeinjahre der 28. Februar der Verfalltag. Art. 32 der Deutschen Wechsel-Ord. cf. § 859, II, 8. L.-R. und §§ 855 und 856 a. a. O.

3) bei Versicherungen ist die in der Police nach Jahren oder Monaten bestimmte Dauer der Gefahr von Datum zu Datum („nach dem Kalender") zu berechnen. § 2172, II, 8. L.-R.

Aus diesen Bestimmungen[2]) ergiebt sich, daß nach preuß. Recht der Schalttag überhaupt nur bei Fristen, die von Datum zu Datum zu berechnen sind, als nicht vorhanden angesehen werden kann, während er nach röm. Recht selbst bei den nach Tagen bestimmten Zeiträumen meist nicht mitgezählt wird.

Zum Schluß ist noch von dem tempus utile und tempus continuum des röm. Rechts zu sprechen.

Unter tempus utile wird eine Frist verstanden, bei welcher die Tage der Verhinderung aus der Rechnung ausfallen, welche also um ebenso viele Zeittheile thatsächlich erweitert wird, als durch das Hinderniß aus der Berechnung ausgefallen sind. l. 2. D. 38, 15. Wo diese Modification nicht zur Anwendung kommt, die Tage der Verhinderung also mitgezählt werden, ist tempus continuum vorhanden. Das Eigenthümliche des tempus utile besteht aber darin, daß jene Verlängerung der Frist ganz von

[1]) v. Savigny System Bd. 4. p. 172 sq.
[2]) Koch generalisirt dieselben. Lehrbuch Bd. 1. § 222.

Digitized by Google

selbst, in Folge einer allgemeinen Rechtsregel (ipso jure) eintritt und nicht etwa durch eine Restitution. [1])

Das utile tempus setzt, um Anwendung finden zu können, voraus:

1) daß ein Zeitraum vorliegt, in welchem die Unthätigkeit eines Berechtigten den Verlust des Rechts nach sich zieht, [2])
2) daß die Handlungen, deren Unterlassung den Rechtsverlust bewirkt, vor einer richterlichen Obrigkeit vorzunehmen sind, [3])
3) daß der Zeitraum durch eine allgemeine Rechtsregel, nicht durch individuellen Willen bestimmt ist, [4])
4) daß der vorgeschriebene Zeitraum nicht mehr als Ein Jahr beträgt, [5])
5) daß das Hinderniß auf vorübergehenden, meist ganz zufälligen Umständen beruhe (wie z. B. Kriegsgefangenschaft, Abwesenheit im Staatsdienst ꝛc.), nicht aber an einen dauernden Zustand der Person geknüpft sei (z. B. an Minderjährigkeit, Wahnsinn ꝛc.) [6])

Hiernach kommt das tempus utile im röm. Recht hauptsächlich nur bei der bonorum possessio und den Klageverjährungen von einjähriger oder noch geringerer Dauer vor; das tempus continuum bildet die Regel. Schon im justin. Recht hat die eben dargestellte Lehre einen großen Theil ihrer Wichtigkeit verloren, noch mehr im heutigen gem. Recht, wo das utile tempus nur noch bei wenigen Klagen Anwendung findet. [7]) Zu den Hindernissen, durch die das utile tempus anwendbar werden kann, gehörten im röm. Recht vornämlich die dies nefasti, d. h. die Tage, welche zu gerichtlichen Geschäften nicht gebraucht werden durften. Ja, diese dies nefasti haben wahrscheinlich zur Ausbildung des utile tempus Veranlassung gegeben. Doch ist dies für die Römer wichtigste Hinderniß aus unserm heutigen Recht in Folge der veränderten Gerichtseinrichtung verschwunden. [8]) — Die Unwissenheit des zum Handeln Berufenen über sein Recht wird von vielen Rechtslehrern als ein allgemeiner Grund zur Anwendung des utile tempus ange-

---

[1]) v. Savigny System Bd. 4, p. 423.
[2]) v. Savigny System Bd. 4, p. 422.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 424.
[4]) Derselbe a. a. O. p. 426.
[5]) Derselbe a. a. O. p. 426.
[6]) Derselbe a. a. O. p. 428 sq. 436 sq.
[7]) Derselbe a. a. O. p. 444—446.
[8]) Derselbe a. a. O. p. 432 und 433.

Digitized by Google

sehen; [1]) nach v. Savigny's Ausführung kommt jedoch jene Unwissenheit bei der Klageverjährung nicht in Betracht; wogegen es Fälle giebt, in denen continuum tempus gilt und dennoch die Unwissenheit den Lauf des vorgeschriebenen Zeitraums hindert. [2]) Hiernach soll die Beachtung oder Nichtbeachtung der Unwissenheit von dem Gegensatz des utile und continuum tempus völlig unabhängig sein und in denselben gar nicht hereingezogen werden dürfen. [3])

Viele Rechtslehrer unterscheiden: [4])

1) continuum tempus utraque ratione, (hier werden Hindernisse gar nicht berücksichtigt,)
2) utile ratione initii, continuum ratione cursus, (hier sollen Hindernisse, wenn die Frist einmal angefangen hat zu laufen, nicht mehr berücksichtigt werden.)
3) continuum ratione initii, utile ratione cursus, (hier sollen lediglich die im Lauf der unbedingt anfangenden Zeit eintretenden Hindernisse Einfluß auf die Berechnung haben.)
4) utile utraque ratione, (hier werden Hindernisse sowohl am Anfange als während des Laufs der Frist berücksichtigt.)

Gegen diese vierfache Eintheilung erklärt sich v. Savigny, [5]) dem sich auch viele andere Juristen angeschlossen haben. [6]) — Ob bei einem tempus utile auch die computatio civilis Anwendung finden könne, ist streitig. [7]) v. Savigny bejaht es. [8])

Für das preuß. Recht ist die Lehre vom tempus utile völlig unpraktisch; die in den §§ 45, 51, I, 4; §§ 54 sq. I, 6; §§ 512, 516 sq. I, 9. L.-R. enthaltenen Bestimmungen haben mit ihr nichts gemein, wenn auch eine gewisse Verwandtschaft oder Aehnlichkeit nicht zu verkennen ist.

---

[1]) So z. B. von Mühlenbruch (Pandecten Th. I. § 86), welcher den Ausdruck „dies quibus experiundi potestas non est“ auch auf die Zeit der Unwissenheit bezieht.
[2]) v. Savigny a. a. O. p. 434 und 435.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 436.
[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 374 Nr. 28. Mühlenbruch Pandecten Th. I, § 86.
[5]) v. Savigny a. a. O. p. 446 sq.
[6]) v. Holzschuher a. a. O. p. 374.
[7]) Derselbe a. a. O. p. 369.
[8]) v. Savigny a. a. O. p. 442.

Digitized by Google

Zum vierten Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.

Von Willenserklärungen.

Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Thatsachen zu verstehen, die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung, Veränderung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist.[1] — Sie erscheinen entweder als einseitiger Wille des Betheiligten, wohin als wichtigster Fall der letzte Wille gehört, oder als übereinstimmender Wille des Betheiligten mit dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, d. i. als Vertrag.[2] In jeder Willenserklärung sind drei Momente zu unterscheiden: 1) der Wille selbst, 2) die Erklärung des Willens und 3) die Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

Was I. den Willen selbst anlangt, so muß dieser — soll die Willenserklärung Gültigkeit haben — frei sein. Der Freiheit des Willens kann entgegenstehen:

A. Zwang oder Furcht (vis oder metus).

Nach röm. Recht ist zu unterscheiden:

a. vis (von den Neuern vis absoluta genannt), die durch körperliche Uebermacht bewirkte Nöthigung, durch welche der Gezwungene bloß Werkzeug wird. Hier ist in Wahrheit gar kein Wille vorhanden; daher heißt es: „qui vi coactus fecit, omnino non fecit"; d. h. die Willenserklärung ist ipso jure ungültig.[3]

b. metus (von den Neuern vis compulsiva genannt), die durch Androhung oder Zufügung eines Uebels hervorgebrachte Furcht, durch die der Erklärende seinen Willen bestimmen läßt. Hier heißt es: „qui metu coactus fecit, quamquam coactus voluit, tamen voluit (cf. l. 21 § 5 D. 4, 2) und die Willenserklärung ist nur ope exceptionis ungültig.[4] Diese Wirkung hat der metus aber auch nur dann:

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 99.
[2]) Derselbe a. a. O. p. 6.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 100.
[4]) Derselbe a. a. O. 101—104; Puchta Pandecten § 56. Irrig ist die Annahme mancher Rechtslehrer, daß wenigstens gewisse einzelne Rechtsgeschäfte (Dotalversprechen, tutoris auctoritas, Societät etc.) wegen metus ipso jure ungültig (nichtig) seien. Cf. z. B. Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 336 Note 2. — Ferner unterscheiden manche Rechtslehrer zwischen metus causam dans und incidens; Ersterer soll das ganze Geschäft, Letzterer nur die erzwungenen Nebenbestimmungen nichtig machen. Vergl. hierüber v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 298 Nr. 10.

Digitized by Google

aa. wenn eine Bedrohung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit vorliegt; l. 7 § 1, l. 22, l. 23, § 1 D. 4, 2; eine Bedrohung des guten Rufs oder des Vermögens reicht nicht hin, auch nicht die Bedrohung mit Civil- oder Criminalanklagen, [1])

bb. wenn das angedrohte Uebel eine Rechtsverletzung sein würde, l. 3 § 1 D. 4, 2; [2])

cc. wenn die Furcht gegründet (nicht bloß eingebildet) und die Drohung so beschaffen ist, daß sie einen vir constantissimus zu beugen vermag; l. 6 D. 4, 2; [3])

dd. wenn die Furcht absichtlich erregt worden, um die Willenserklärung zu bewirken und von Erfolg gewesen ist. l. 14 § 3 l. 9 § 1, l. 21 pr. D. 4, 2. [4])

Die Rechtsmittel wegen metus (actio und exceptio quod metus causa sowie Restitution) sind remedia in rem scripta, d. h. die dem Gezwungenen gewährte Hilfe wirkt auch gegen fremde schuldlose Personen. l. 9 § 8 D. 4, 2. [5])

Das preuß. Recht stellt die vis absoluta und compulsiva auf gleiche Linie: bei beiden ist nämlich die Willenserklärung ipso jure ungültig (nichtig). §§ 31—33, I, 4. L.-R. [6]); doch muß die bloße vis compulsiva, um diese Wirkung zu haben,

aa. von Erheblichkeit sein. Dies ist sie — abweichend vom röm. Recht — schon dann, wenn sie die Ehre betrifft. § 33 l. c.

Selbst eine Bedrohung des Vermögens kann unter Umständen die Willenserklärung nichtig machen; dieselbe Wirkung hat in der Regel auch die Bedrohung mit einer Criminalanzeige. §§ 35 u. 36, l. c.

bb. die Drohung muß — wie nach röm. Recht — widerrechtlich sein; §§ 38—41, l. c.

cc. sie muß gefährlich sein, — dies ist sie aber schon dann,

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 105 u. 106.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 298 Nr. 8.

[3]) Die etwaige Charakterschwäche des Gezwungenen soll also nicht geschützt werden. v. Holzschuher a. a. O. v. Savigny System Bd. 3 p. 107.

[4]) v. Savigny a. a. O.

[5]) v. Holzschuher Theorie Bd. I. p. 298 Nr. 9 u. p. 299 Nr. 11.

[6]) Koch Recht der Forderungen § 75. Obiger Satz, daß auch bei der vis compulsiva die Willenserklärung nach preuß. Recht ipso jure ungültig sei, ist sehr bestritten, und Viele nehmen an, daß die Ungültigkeit nur per exceptionem eintrete. Hierfür spricht in der That auch die im § 45, I, 4. L.-R. gebrauchte Ausdrucksweise sowie vielleicht der Umstand, daß nach §§ 39 sq., II, 1. L.-R. eine durch metus zu Stande gekommene Ehe bloß ungültig, aber keineswegs nichtig ist. (§ 39, II, 1. L.-R. enthält zwar den Ausdruck „nichtig". Dies ist jedoch ein Druckfehler.)

Digitized by Google

wenn ihre Ausführung auch nur nach der Meinung des Bedrohten in der Macht des Drohenden stand. § 34 l. c. Darauf, ob die Drohung auch einen vir constans zu beugen vermocht haben würde, wird nach preuß. Recht nicht gesehen, vielmehr wird lediglich auf die Individualität des Bedrohten gerücksichtigt. § 37 l. c.

dd. die Drohung muß — wie nach röm. Recht — in der Absicht, die Erklärung zu erzwingen und mit Erfolg geschehen, d. h. das Geschäft muß durch metus bezweckt und hervorgebracht sein. § 43 l. c.

Da sowohl absolute als auch compulsive Gewalt die Willenserklärung ipso jure ungültig macht, so wirkt auch nach preuß. Recht die dem Gezwungenen gewährte Hilfe selbst gegen dritte unschuldige Personen. (Cf. § 42, I, 4. L.-R.) Nicht folgerichtig ist der Satz, daß ein späteres, selbst stillschweigendes Anerkenntniß die wegen Zwanges ungültige Willenserklärung von Anfang gültig macht. §§ 186—191, I, 5. L.-R.

Die actio quod metus causa des röm. Rechts verjährt intra quadriennium continuum; soweit sie jedoch blos actio rei persecutoria ist, in 30 Jahren; [1]) nach preuß. Recht verjährt die Klage auf Ungültigkeitserklärung einer Willensäußerung wegen Zwangs ebenfalls erst in 30 Jahren, doch muß bei Vermeidung gewisser Rechtsnachtheile der erlittene Zwang mit den näheren Umständen und Beweismitteln, sowie die Absicht der Anfechtung innerhalb bestimmter Fristen einem beliebigen Gerichte vorläufig angezeigt werden; §§ 45—51, I, 4. L.-R.

B. Irrthum (error).

Irrthum ist der Zustand des Bewußtseins, in welchem die wahre Vorstellung eines Gegenstandes von einer unwahren verdeckt und verdrängt wird. Man unterscheidet: 1) einen zweiseitigen und einseitigen (error bilateralis und unilateralis) jenachdem bei wechselseitigen Willenserklärungen Jeder von beiden Theilen oder nur Einer irrt, 2) einen vermeidlichen und unvermeidlichen (error vincibilis und invincibilis), sowie 3) einen wesentlichen und unwesentlichen Irrthum (error essentialis und concomitans. [2])

I. Als wesentlicher Irrthum wird nach röm. und preuß. Recht betrachtet:

1) Der Irrthum über den Inhalt der Willenserklä-

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. I p. 219 Nr. 7. Mühlenbruch Pandecten Th. I § 160 Note 3.

[2]) v. Savigny System Bd. 3, p. 266, Note g und p. 268. Koch Lehrbuch Bd. 1, § 106.

Digitized by Google

rung überhaupt; z. B. wenn ich eine Urkunde unterschreibe, welche statt der richtigen untergeschoben oder mir falsch vorgelesen worden, oder wenn ich im Vertrauen auf einen Bevollmächtigten ein leeres Blatt unterschreibe, der Bevollmächtigte aber das Blanquet eigenmächtig und gegen den ertheilten Auftrag ausfüllt; l. 5, C. 4, 22; § 75, I, 4. L.-R.; § 136, I, 10. A.-G.-O.. Vergl. jedoch § 113, I, 13. L.-R.

2) Der Irrthum, welcher die Natur des Geschäfts betrifft; wenn z. B. Jemand eine Sache zu leihen verspricht und der Andere das Versprechen, welches er von einer Schenkung versteht, annimmt. l. 3 § 1 D. 44, 7; l. 9 pr. D. 18, 1; l. 18 D. 12, 1; § 75, I, 4. L.-R. Nach röm. und wohl auch nach preuß. Recht bleiben jedoch die Wirkungen der wirklichen Handlung dann ungehindert bestehen, wenn die verschiedenen Intentionen wenigstens in diesen Wirkungen zusammentreffen. Wenn also der Geber die Intention zu schenken hat, der Empfänger aber das Gegebene in der Meinung, es sei ein Darlehn, annimmt, so bewirkt die Tradition allerdings den Eigenthumsübergang, weil dieser nach der einen wie nach der andern Intention erfolgen sollte; l. 36. D. 41, 1, und der Geber kann das gegebene Geld, wenn es consumirt ist, nicht zurückverlangen, weil ja auch seine Absicht auf den Verbrauch des Geldes gegangen ist. l. 18 pr. D. 12, 1.[1])

3) Der error in corpore, welcher in einer Verwechselung von Sachen besteht. Ein solcher Irrthum kann sowohl bei einseitigen Willenserklärungen vorkommen, wenn z. B. der Testator eine Sache legirt, anstatt daß er eine andere Sache legiren wollte (l. 9 § 1 D. 28, 5; l. 4 pr. D. 30; § 75, I, 4. L.-R.), als auch bei gegenseitigen Willenserklärungen; wenn nämlich das Rechtsgeschäft eine individuell bestimmte Sache zum Gegenstande und jeder der Contrahenten eine andere Sache im Sinne hat. (l. 9 pr. § 2. D. 18, 1; l. 57 D. 44, 7; l. 32, l. 83 § 1, l. 137 § 1 D. 45, 1; l. 34 pr. D. 41, 2; § 23 I. 3, 19; § 75, I, 4. L.-R.) — Dem error in corpore steht es völlig gleich, wenn bei einem Rechtsverhältniße, dessen Gegenstand eine nur nach Gattung und Quantität bestimmte Sache ist, der Irrthum die Gattung selbst betrifft. Wenn über die bloße Quantität ein Irrthum herrscht, dergestalt, daß jeder der beiden Contrahenten an eine andere Quantität denkt, so ist nach beiden Rechten zu unterscheiden, ob diese Quantität der einzige Gegenstand des Vertrags ist oder auf eine Gegenleistung sich bezieht. Im ersteren Falle gilt als wahrer Gegenstand des Vertrags die geringste unter den beiden Quantitäten,

[1]) Vergl. v. Savigny System Bd. 4. p. 158 sq. und v. Vangerow Pandecten (6. Aufl. 1851 und 1852) Bd. 1, Abth. 2 p. 651 sq. und Bd. 3 p. 259.

Digitized by Google

woran die Parteien dachten, weil über diese Quantität Uebereinstimmung des Willens wirklich vorhanden ist. l. 1 § 4 D. 45 1. Im zweiten Fall muß wieder unterschieden werden, ob der, welcher die zweifelhafte Quantität leisten soll, mehr oder weniger als der Gegner in Gedanken hat: denkt er an mehr, so gilt wieder der Vertrag auf die geringere Quantität; denkt er an weniger, so ist gar kein Vertrag vorhanden; l. 52 D. 19, 2. [1]) Mit diesen Fällen ist jedoch nicht zu verwechseln: a. wenn ein bestimmtes Quantum einer Gattung versprochen worden, aber nicht geleistet werden kann. Hier ist der Irrthum bei lästigen Verträgen wesentlich; l. 120 D. 45, 1; doch macht nach preuß. Recht die Annahme den Vertrag giltig. §§ 207 — 211, I, 11. L.-R. b. wenn eine individuell bestimmte Sache (species) mit beigefügter Quantität genannt ist und der Irrthum diese beigefügte Quantität betrifft. Hier schadet der Irrthum nach röm. Recht in der Regel nicht, sondern hat meistens nur eine Ausgleichung nach Maaßgabe der richtigen Quantität zur Folge. l. 40 § 2 D. 18, 1. Nach preuß. Recht gilt das ad a Gesagte, falls nicht die Quantität der bloßen Beschreibung wegen beigefügt ist. §§ 207 bis 212, I, 11. L.-R.

4) Der error in objecto, welcher darin besteht, daß der Gegenstand der Willenserklärung als existirend fälschlich vorausgesetzt wird. l. 57 §§ 1—3, l. 58 D. 18, 1; § 75, I, 4; §§ 39 und 533, I, 11; § 52, I, 5. L.-R. Nach preuß. Recht ist der Irrthum schon dann wesentlich, wenn bei Kauf- und ähnlichen Verträgen auch nur ein Theil der Substanz nicht vorhanden ist, (§ 42, I, 11. L.-R.,) nach röm. Recht erst dann, wenn mehr als die Hälfte der Substanz fehlt, l. 57 pr. D. 18, 1. [2])

5) Der error in substantia nach röm. und preuß. Recht immer nur dann, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer andern Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört; § 75, I, 4. L.-R. [3]) Irrthum über Eigenschaften, welche fehlen oder vorhanden sein können, ohne daß dadurch das Wesen der Sache geändert wird (s. g. error in bonitate), ist nach röm. Recht nur dann wesentlich, wenn die Qualität ausdrücklich beigefügt worden; l. 45 D. 18, 1 [4]) Das preuß. Recht aber setzt den Irrthum über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 274 sq. Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 122.

[2]) Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 120.

[3]) Diesen Grundsatz abstrahirt v. Savigny (System Bd. 3 p. 276 sq.) aus l. 9. § 2, l. 10, l. 14, l. 41 § 1, l. 11. § 1 D. 18, 1.

[4]) Die Interprätation dieser Stelle siehe bei v. Savigny System Bd. 3 p. 285, Note s. Cf. Koch, Recht der Ford. Bd. 2 p. 121.

Digitized by Google

dem Irrthume über ausgedrückte Eigenschaften unter der Bedingung gleich, daß der Irrende nicht durch eigues grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat. §§ 77, 81 und 82, I, 4. L.-R. Daher ist bei Eingehung der Ehe der Irrthum über die Virginität nur nach preuß., nicht auch nach röm. Rechte ein wesentlicher. § 40, II, 1. L.-R.

6) Der error in dominio in folgenden Fällen: a. wenn der Erklärende eine res extra commercium für sein Eigenthum hält, l. 62 § 1, l. 22, 23 und 34 § 1 D. 18, 1; § 14, I, 4 in Verb. mit §§ 58 sq. I, 5. L.-R., sowie b. wenn sich Jemand seine eigene Sache, die er irrthümlich für eine fremde hält, versprechen läßt; l. 16 pr. D. 18, 1; l. 15 D. 16, 3; l. 9 § 6 D. 19, 2; c. wenn eine bloße Verwechselung einer fremden Sache mit der eigenen vorfällt; l. 35 D. 41, 1; [1]) oder d. wenn der Testator eine fremde Sache, von welcher er nicht wußte, daß sie eine fremde sei, legirt hat. l. 67 § 8 D. 31; § 4 J. 2, 20; §§ 377 und 384, I, 12. L.-R.

7) Der Irrthum in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, in folgenden Fällen: a. wenn der Erklärende ein ganz anderes Individuum meint, l. 32 D. 12, 1; l. 52 § 21, l. 66 § 4 D. 47, 2; § 76, I, 4. L.-R.; b. wenn bei lästigen Verträgen der Irrthum solche Eigenschaften der Person betrifft, daß wegen Mangels der irrig angenommenen Qualität die vertragsmäßige Leistung eine wesentlich andere sein würde, als die, welche der Promissar im Sinne hat. [2]) §§ 75 und 77, I, 4. L.-R. Dasselbe gilt nach preuß. Recht auch außer dem Falle eines lästigen Vertrages von dem Irrthume über ausdrücklich vorausgesetzte Eigenschaften (§ 77, I, 4. L.-R.) sowie von dem nicht durch grobes oder mäßiges Versehen verschuldeten Irrthum über solche persönliche Eigenschaften des Andern, welche bei dem vorliegenden Rechtsgeschäft gewöhnlich vorausgesetzt werden (§§ 81 u. 82, I, 4. L.-R. [3]).

8) Irrthum im bloßen Beweggrunde nur in folgenden Ausnahmefällen: a. wenn derselbe in der falschen Voraussetzung bestand, zur Einwilligung oder Leistung des Gegenstandes rechtlich verpflichtet zu sein; also bei der condictio ob causam datorum, condictio sine causa und condictio indebiti; [4]) b. nach preuß.,

---

[1]) Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 123.

[2]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 272.

[3]) Das canonische Recht hat eine einzelne Anwendung von der Regel, daß Irrthum über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften ein wesentlicher sei: wenn der eine Ehegatte frei, der andere unfrei ist, und der Freie die Unfreiheit des Andern nicht kannte, soll die Ehe nichtig sein. c. 4, C. 29, qu. 2.

[4]) v. Savigny System Bd. 3, p. 360. Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 126.

Digitized by Google

nicht auch nach röm. Recht, [1]) wenn bei wohlthätigen Geschäften der ausgedrückte irrige Beweggrund die einzige Ursache der Erklärung gewesen ist; §§ 149 und 150, I, 4. L.-R. Doch hat nach röm. und preuß. Recht der Irrthum im Beweggrunde bei den auf das Erbrecht bezüglichen juristischen Handlungen [2]) eine etwas ausgedehntere Einwirkung, als bei den Geschäften des Verkehrs unter Lebenden.

II. Unwesentlicher Irrthum ist insbesondere:

1) der error in corpore, welcher bloß ein accessorium betrifft; hier muß diejenige Nebensache geleistet werden, welche der Promittent im Sinne hat, und zwar nicht deshalb, weil dem Schuldner die Wahl zusteht, sondern weil keine andere Zugabe, als die vom Promittenten im Sinne gehabte, versprochen worden, das Geschäft aber über die Hauptsache zu Stande gekommen ist. l. 34 pr. D. 18, 1; § 75 („Irrthum in dem Hauptgegenstande") und § 83, I, 4. L.-R.

2) Der error in qualitate, welcher bloß die Güte und die größere oder geringere Brauchbarkeit betrifft. [3])

3) Der error in dominio, wenn der Promittent über die Gültigkeit seines Titels irrt [4]) oder wenn der Promissar wirklich eine Sache des Promittenten empfängt, während er glaubte, sie gehöre einem Dritten („plus est in re quam in existimatione mentis"); l. 9 § 4 D. 22, 6; l. 4 § 1 D. 40, 2.

4) Der error in der Person des andern Betheiligten, welcher zwar die Identität der Person betrifft, ohne daß jedoch durch ihn im concreten Falle der Consens gehindert erscheint; wenn z. B. in einem Falle des gewöhnlichen Handelsverkehrs, wo auf die Person des Abnehmers gar nichts ankommt, der Verkäufer über dieselbe irrt. [5]) § 76 („sobald aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde") in Verb. mit § 83, I, 4. L.-R.

5) Der Irrthum im bloßen Beweggrunde, wenn nicht eine der vorher gedachten Ausnahmen eintritt. § 149, I, 4. L.-R. l. 3 § 7 in fin. D. 12, 4.

6) Der error in nomine, wenn sonst das corpus unzweifelhaft ist. l. 9 § 1 D. 18, 1; § 151, I, 4. L.-R.

---

[1]) Cf. l. 65 § 2 D. 12, 6.

[2]) Die Erörterung dieses Gegenstandes bleibt dem Erbrecht vorbehalten. Wir verweisen hier nur vorläufig auf v. Savigny System Bd. 3, p. 377 sq.

[3]) Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 130. v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 263 sq.

[4]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 269.

[5]) v. Bangerow a. a. O. p. 272. Anderer Meinung ist v. Savigny System Bd. 3, p. 271 und 272.

Digitized by Google

III. Wirkungen des Irrthums.

Nach röm. Recht macht der wesentliche Irrthum in der Regel die Willenserklärung ipso jure ungültig und es kann daher auch gegen jeden Dritten auf Erstattung dessen, was aus einem solchen Irrthume gegeben worden, geklagt werden. [1]) Doch wird nur derjenige wesentliche Irrthum berücksichtigt, welcher nicht durch eigene culpa lata des Irrenden verschuldet ist. l. 3. § 1, l. 6, l. 9 §§ 2 und 3 D. 22, 6; l. 15 § 1 D. 18, 1; l. 11 § 11 D. 11, 1. [2]) Dies Erforderniß fällt aber nach v. Savigny's Ansicht [3]) in den Fällen weg, wo nicht sowohl der Irrthum, sondern der mangelnde Consens (dissensus), beziehungsweise die Abwesenheit des Willens der eigentliche und wahre Grund der Nichtigkeit ist, so bei dem Irrthum über den Inhalt der Willenserklärung überhaupt, oder über die Natur des Geschäfts, bei dem error in corpore, in substantia und in identitate personae. [4]) cf. l. 9 pr. D. 18, 1; l. 57 D. 44, 7. Dasselbe muß wohl auch bei dem error in dominio in dem ad I, c, b. gedachten Falle gelten, weil hier die Nichtigkeit schon eine Folge des Grundsatzes ist: neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suae consistere potest. l. 45 pr. D. 50, 17.

Das preuß. L.-R. läßt, wie mehrere namhafte Rechtslehrer annehmen, bei wesentlichem Irrthum die Ungültigkeit in der Regel nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis eintreten. [5]) Es ist daher nur eine persönliche Klage auf Rescission des Vertrags zulässig, und findet gegen einen Dritten gar kein Anspruch statt. Eine Ausnahme, wo die Ungültigkeit ipso jure eintritt, macht der Irrthum, in welchem beide Theile über das Dasein des in Wirklichkeit ganz oder zum Theil gar nicht vorhandenen Gegenstandes befangen sind. §§ 39 u. 42, I, 11; §§ 51 u. 52, I, 5. L.-R. [6]) Das L.-R. unterscheidet im Allgemeinen nicht, ob der Irrende seinen Irrthum

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3, p. 268. Koch Recht der Forderungen Bd. 2, p. 132.

[2]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2. p. 127.

[3]) v. Savigny System Bd. 3 p. 292 und 446.

[4]) Einen Irrthum dieser Art nennt v. Savigny den unächten. System Bd. 3 p. 263 sq.

[5]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 117 sq. u. p. 132. Lehrbuch Bd. 1 p. 239. Bornemann Civilrecht Th. 1 § 29 (p. 158.)

[6]) Manche Rechtslehrer nehmen auch in den Fällen des s. g. unechten Irrthums Nichtigkeit an, weil hier — wie gesagt — gänzliche Abwesenheit des Consenses resp. des Willens, welcher nach der Erklärung angenommen werden müßte, vorliegt, ohne Consens aber gar kein Vertrag und ohne Willen keine Willenserklärung vorhanden ist. Ungültigkeit ope exceptionis soll dann nur bei dem Irrthum über Eigenschaften der Person oder Sache eintreten.

Digitized by Google

selbst verschuldet hat oder nicht; nur dann, wenn über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften der Person oder Sache geirrt wird, ist die Berücksichtigung dieses Irrthums davon abhängig gemacht, daß ihn der Irrende nicht durch eignes grobes oder mäßiges Versehen verschuldet habe. §§ 81 u. 82, I, 4. L.-R. Doch muß in den Fällen, wo sogar ein durch den Irrenden selbst verschuldeter Irrthum berücksichtigt wird, der Irrende, welcher durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen ist, dem Anderen, der nicht wußte, daß der Erklärende sich irre, den durch seine — des Irrenden — Schuld entstandenen Schaden ersetzen. § 79, I, 4. L.-R. Diese Verpflichtung zum Schadensersatz fällt aber weg, wenn beide Theile sich in einem vermeidlichen Irrthum befanden. § 80, I, 4. L.-R.

C. Betrug (dolus).

Betrug (dolus) heißt hier die Verfälschung der Wahrheit, die Jemand in der Absicht begeht, sich oder einen Dritten zum Nachtheil des Irrenden zu bereichern. [1]) l. 39 u. 40. D. 4, 3; § 241 des Strafgesetzbuchs. Der Betrug kann auch durch ein bloß leidendes Verhalten, also durch wissentliches stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben, verübt werden. [2]) Letzteres setzt aber immer ein Vertragsverhältniß voraus, worin der Andere Offenheit von uns zu erwarten berechtigt ist; l. 11 § 5 D. 19, 1; l. 43, § 2, l. 35 § 8 D. 18, 1; §§ 540 u. 541, I, 11; § 138 l. c., § 44 l. c. § 963, II, 1; § 166, II, 18. L.-R. Das L.-R. rechnet nach Leyser's Vorgang [3]) auch den Fall zum Betruge, wo Jemand einen Andern, selbst ohne die Absicht diesen zu hintergehn, durch Trunk oder Erregung heftiger Leidenschaften in einen solchen Zustand versetzt, daß er seine Handlungen und deren Folgen nicht mehr richtig zu beurtheilen vermag. §§ 91—93, I, 4. L.-R.

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 118. Bornemann dagegen (preuß. Civilrecht Th. I p. 148) hält die auf den Nachtheil des Irrenden gerichtete Absicht nach preuß. Recht für kein essentiale des Betrugs; denn schon der beleidige einen Andern, welcher denselben in seiner Wahlfreiheit beschränke und zu einer nicht frei gewollten Willenserklärung durch Vorspiegelungen verleite. Demnach wird Betrug definirt als die vorsätzliche Erregung oder Benützung eines Irrthums, um den Irrenden dadurch zu einer von dem Betrüger beabsichtigten Willenserklärung zu bewegen. Vergl. auch Koch Lehrbuch Bd. 1 § 105, der im Wesentlichen dieselbe Definition giebt.

[2]) Ist streitig. Vergleiche Grävell Theorie der Verträge p. 32. und 277.

[3]) Leyser Spec. 59 m. 3; Spec. 348 m. 1.

Digitized by Google

Was nun den wirklichen Betrug anlangt, so bestimmt das röm. und preuß. Recht Folgendes:

1) Wenn der Irrthum, welcher durch den Betrug hervorgerufen ist, nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen als ein wesentlicher erscheint, so ist die Willenserklärung stets ungültig und zwar nach röm. Recht ipso jure, nach preuß. Recht bald ope exceptionis, bald ebenfalls ipso jure, der Betrug mag von einem Contrahenten selbst, oder von einem Dritten ausgegangen sein; §§ 87 und 89, I, 4; § 358, I, 5. L.-R. l. 7 pr. D. 4, 3. [1])

2) Wenn der durch einen Betrug veranlaßte Irrthum kein wesentlicher ist, so kommt es darauf an:

a. ob ein dolus causam dans d. i. ein solcher Betrug vorliegt, ohne welchen der Betrogene das Geschäft gar nicht vorgenommen haben würde; in diesem Falle ist der Vertrag zwar ipso jure gültig, doch ope exceptionis ungültig, und zwar kann sich der Betrogene nach röm. Recht bei einem contractus stricti juris nur mittelst der actio und exceptio doli, bei einem contractus bonae fidei mit der Kontraktsklage helfen; [2]) das L.-R. sagt: jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung ist für den Betrogenen, also der Vertrag nur einseitig, unverbindlich und der Betrogene kann entweder von dem Vertrage wieder abgehen, oder auch dabei stehen bleiben und Schadensersatz fordern. §§ 85 und 86, I, 4; §§ 349—356, I, 5. L.-R. Doch setzt die Ungültigkeit immer voraus, daß der Betrug von dem, der aus der Willenserklärung ein Recht erlangen will, selbst verübt worden; denn hat ein Dritter den dolus causam dans begangen, so findet nur gegen diesen ein Anspruch auf Schadensersatz statt; l. 8. D. 4, 3. [3]) § 89, I, 4 L.-R. [4])

b. Ob ein dolus incidens d. i. ein solcher, welcher ohne das Geschäft veranlaßt zu haben, bei Gelegenheit desselben vorgefallen ist und bloße Modalitäten des Geschäfts betrifft, vorliegt; hier findet immer nur ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Betrüger statt; l. 13 § 4 D. 19 1; §§ 87—90, I, 4; §§ 358 und 359, I, 5. L.-R. [5])

Haben beide Contrahenten sich gegen einander eines dolus der ad 1 gedachten Art oder eines dolus causam dans schuldig

---

[1]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 274 Anm. 1 pr. p. 281 Nr. 6. Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 103.

[2]) v. Bangerow a. a. O. p. 275 Nr. 1 und 2. Koch a. a. O. p. 104 und 105.

[3]) v. Bangerow a. a. O. p. 281. Die Frage ist unter den gemeinrechtlichen Juristen streitig.

[4]) Koch a. a. O. p. 109.

[5]) v. Bangerow a. a. O. p. 276.

Digitized by Google

gemacht, so tritt gleichsam eine Compensation des dolus ein. l. 3. § 3 D. 2, 10. Diese aber wirkt nach den verschiedenen Rechten verschieden. Wenn nämlich der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist, so kann nach röm. Recht kein Paziscent auf Erfüllung klagen, weil der exceptio doli keine replicatio doli entgegengesetzt werden darf; l. 34 § 3, l. 57 § 3 D. 18, 1; [1]) nach preuß. Recht dagegen kann von jedem Theile auf Erfüllung geklagt werden, § 357, I, 5. L.-R., d. h. die replicatio doli ist hier stärker als die exceptio doli, während es nach röm. Recht gerade umgekehrt ist. Hat nur ein Theil den Vertrg bereits erfüllt, so kann nach röm. Recht, wenn der Andere nicht ebenfalls erfüllen will, das Gegebene nur mit der condictio sine causa zurückgefordert werden; l. 1 § 2 D. 12, 7; [2]) nach preuß. Recht dagegen kann der, welcher erfüllt hat, gegen den Andern auf Erfüllung, und, wenn diese unmöglich ist, auf Rückgabe des Empfangenen klagen. [3]) Ist endlich der Vertrag von beiden Theilen bereits erfüllt, so kann nach röm., wie nach preuß. Recht Keiner von dem Andern Entschädigung ex capite doli oder Rückgabe des Empfangenen beanspruchen. [4]) l. 4 § 13 D. 44, 4, l. 154. D. 50, 17; — § 357, I, 5. L.-R.

Bei wechselseitigem dolus incidens kommt es nach röm. und preuß. Rechte darauf an, ob der dolus sich von beiden Seiten auf denselben Punkt bezieht oder nicht. Im ersten Falle kann Keiner vom Andern Entschädigung verlangen, (ex ratione § 357, I, 5. L.-R.,) im letzten Falle muß Jeder den Andern entschädigen. [5]) §. 22, I, 6. L.-R.

Ein durchgreifender Unterschied zwischen dolus und metus besteht nach röm. und preuß. Recht darin, daß die Rechtsmittel wegen dolus stets nur gegen den Betrüger selbst und dessen Successoren, die

---

[1]) v. Bangerow a. a. O. p. 281. Nr. 5. Andere, z. B. Koch a. a. O. p. 106 und Lehrbuch Bd. 1 p. 235, nehmen an, daß auch nach röm. Recht von jedem Contrahenten auf Erfüllung geklagt werden könne. Ebenso irrig, wie diese Ansicht nach den oben allegirten Gesetzesstellen ist, erscheint die Meinung derer, welche bei wechselseitigem Dolus Nichtigkeit des Geschäfts annehmen; denn dann wäre eine Rückforderung des bereits Geleisteten zulässig; eine solche Rückforderung findet aber bei schon erfülltem Vertrage nicht statt, (cf. den Text) und der durch wechselseitigen Dolus veranlaßte Vertrag ist somit nur nicht klagbar.

[2]) Es ist streitig ob die Rückforderung zulässig.

[3]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 106.

[4]) v. Bangerow a. a. O. p. 281.

[5]) Leiser Spec. 616. Thibaut Pandecten § 149. Manche Rechtslehrer sind der Ansicht, daß nach preuß. Recht bei gegenseitigem dolus incidens jeder Zeit der Anspruch auf Entschädigung wegfalle. Sie berufen sich in dieser Beziehung auf § 357, I, 5. L.-R. Diese Gesetzesstelle geht jedoch nur auf einen dolus causam dans und die Lehre vom dolus incidens beginnt erst mit § 358, I, 5. L.-R. Cf. Bornemann Civilrecht, I. p. 151 und 152; Koch Recht der Forderungen Bd. 2. p. 107.

Digitized by Google

Rechtsmittel wegen metus aber auch gegen Dritte in Anwendung gebracht werden können, daß also der dolus nur in personam, der metus aber in rem wirkt. l. 9 §§ 1 und 8, l. 10 pr. D. 4, 2. [1])

D. Affect.

Wenn Furcht, Zorn oder Trunkenheit einen solchen Grad erreicht haben, daß der Erklärende nicht mehr weiß, was er thut oder redet, also wirklich bewußtlos ist, so ist die in einem derartigen Zustande abgegebene Willenserklärung nach gemeinem und preuß. Recht ipso jure ungültig, weil in Wahrheit gar kein Wille vorhanden ist. [2]) Cf. c. 7 C. 15 qu. 1; cap. 14 X. 3, 1; l. 48 D. 50, 17; l. 3 D. 24, 2. §§ 28—30, I, 4. L.-R. In diesen Fällen ist auch die vom L.-R. bei dem metus (§ 45, I, 4) und der Berauschung (§ 92, I, 4) vorgeschriebene Anzeige nicht erforderlich.

Es ist in Vorstehendem bald von einer Ungültigkeit, die ipso jure stattfindet, (Nichtigkeit, Nullität), bald von einer solchen, die nur ope exceptionis eintritt (Ungültigkeit im engern Sinne, Anfechtbarkeit, Rescissibilität) gesprochen worden. Es soll nunmehr näher angegeben werden, in welchen Punkten sich Beide wesentlich von einander unterscheiden.

1) Nullität ist vorhanden, wenn dem sie verursachenden Umstande die Wirkung beigelegt ist, die Existenz des Geschäfts unmittelbar (ipso jure) auszuschließen. Es giebt daher keine Nichtigkeitsklage und keine Verjährung der Nichtigkeit; der wegen nichtiger Geschäfte entstehende Rechtsstreit und das richterliche Erkenntniß betrifft nur die Feststellung der Thatsache der Nichtigkeit; das Urtel ist declaratorisch, nicht vernichtend. Die Nichtigkeit entsteht bald aus dem Mangel der erforderlichen persönlichen Eigenschaften oder des Wesens des Geschäfts, wozu besonders das Dasein des Willens gehört, bald aus dem Mangel der vorgeschriebenen Form; bald hat sie ihren Grund in einem positiven Gesetz, welches das betreffende Rechtsgeschäft verbietet. [3])

Ungültigkeit im engeren Sinne ist vorhanden, wenn der sie verursachende Umstand einer Person das Recht giebt, das Geschäft in seinen Wirkungen als nicht bestehend zu behandeln, so daß es als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht. Es bedarf daher bei der Ungültigkeit

---

[1]) v. Bangerow a. a. O. p. 282. v. Savigny System Bd. 3 p. 117. Koch a. a. O. p. 110.

[2]) v. Holtzschuher Theorie Bd. 1 p. 297 Nr. 6 c und d. v. Savigny System Bd. 3 p. 109.

[3]) Puchta Pandecten § 67. v. Savigny System Bd. 4 p. 536 sq. Koch Lehrbuch Bd. 1 § 128.

Digitized by Google

immer eines besondern Rechtsmittels, um das Geschäft zu beseitigen. [1])

2) Bei nichtigen Geschäften ist in der Regel [2]) keine Convalescenz möglich; l. 29 D. 50, 17: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere; l. 201 D. 50, 17; l. 41 § 2 D. de leg. 1; § 43, I, 3; § 933, II, 1. L.-R. Ein ungültiges Rechtsgeschäft kann dagegen stets durch nachheriges Wegfallen des Hindernisses convalesciren.

Insbesondere genügt bei ungültigen Rechtsgeschäften, um die Ungültigkeit zu beheben, ein einfaches Anerkenntniß, Ratihabition; l. 25 C. 5, 16; l. 1 C. 2, 46; §§ 186, 187, 189, I, 5. L.-R. und die Wirkungen eines solchen Anerkenntnisses erstrecken sich dann bis auf den Abschluß des Geschäfts zurück; l. 25 C. 5, 16; l. 7 pr. C. 4, 28; § 188, I, 5. L.-R. Bei einem nichtigen Geschäft ist dagegen neue Abschließung desselben, um die Paciscenten zu verpflichten, erforderlich [3]) und dieser neue Vertrag wirkt regelmäßig nicht in praeteritum; [4]) l. 65 § 1 D. 23, 2; l. 11 D. 1, 5; — §§ 37 u. 38, I, 5. L.-R.

3) Die in Folge eines nichtigen Geschäfts vorgenommene traditio ist nicht im Stande, Eigenthum zu übertragen; der Tradent kann die tradirte Sache daher von jedem Dritten vindiziren; cf. l. 34 pr. D. 41, 2; l. 2 § 6 D. 41, 4; anders verhält es sich bei ungültigen Rechtsgeschäften; doch gelten auch hier Ausnahmen. Cf. z. B. l. 9 §§ 1. u. 8. D. 4, 2. [5])

4) Bei einem ungültigen Geschäfte kann sich nur der Theil auf die Ungültigkeit berufen, in Beziehung auf welchen es nicht rechtsbeständig ist; bei einem nichtigen Geschäfte steht die Berufung auf die Nichtigkeit in der Regel jedem Contrahenten frei; doch findet bei der durch wesentlichen Irrthum veranlaßten Nichtigkeit — der s. g. relativen Nichtigkeit — insofern eine Ausnahme statt, als nur der Irrende jene Befugniß hat, weil nicht der Irrthum als solcher, sondern der Mangel des Consenses den Vertrag nichtig macht; wenn daher der Irrende erklärt, er habe allerdings — ungeachtet seines Irrthums — consentiren wollen, so ist das Geschäft wirklich vorhanden. [6])

5) Die Nichtigkeit muß der Richter ex officio berücksichtigen; die Ungültigkeit aber nur dann, wenn sie excipirt wird.

---

[1]) Cf. pag. 173 Note 3.

[2]) Ausnahmen des röm. Rechts: l. 42 D. 41, 3; l. 4 § 32 D. 44, 4. Ausnahmen des preuß. Rechts: § 17 Einleitung zum L.-R. §§ 185, 186, I, 5; § 41, II, 1. L.-R.

[3]) Eine Ausnahme des preuß. Rechts siehe pag. 164.

[4]) Puchta Pandecten § 51 Note c.

[5]) Vergleiche Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 110 und 132.

[6]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 131 Anm. 1.

Digitized by Google

— Schließlich ist noch der wichtigen Regel Erwähnung zu thun, daß, wenn der hauptsächliche und wesentliche Theil des Geschäfts nicht bestehen kann, auch die außerwesentlichen Bestimmungen desselben über den Haufen fallen; l. 178 D. 50, 17: „Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent"; — daß aber mit der Ungültigkeit einzelner Nebenbestimmungen nicht auch das Ganze ungültig wird; „non vitiatur utile per inutile", l. 1 § 5 D. 45, 1. Präj. 961 des Geh. Ob.-Trib. v. 21. Dec. 1840. (Präj. p. 7.)

II. Erklärung des Willens.

Man unterscheidet:

1) Förmliche und formlose Willenserklärungen. Förmlich heißen diejenigen, deren Wirksamkeit durch die Beobachtung einer positiv vorgeschriebenen Handlungsweise bedingt ist. [1]) 2) Gewisse und vermuthete Willenserklärungen. Die Erstern zerfallen wieder a. in ausdrückliche, nämlich solche, bei welchen die sinnlich wahrnehmbare Thatsache, durch welche der Wille erkannt wird, die alleinige Bestimmung hat, als Kennzeichen dieses Willens zu dienen. [2]) Das Mittel der ausdrücklichen Erklärung kann bestehen in mündlicher oder schriftlicher Rede (cf. l. 38 D. 44, 7; § 57, I, 4. L.-R.) oder auch in bloßen Geberden, so z. B. wenn derjenige, welchem ein bestimmter Vertrag angeboten wird, durch bloßes Zunicken seine Einwilligung ausdrückt (cf. l. 21 pr. D. 32; l. 1 § 3 D. 38, 4; l. 52 § 10 D. 44, 7; l. 17. D. 46, 2; § 57, I, 4. L.-R.) b. in stillschweigende Willenserklärungen. Dieselben bestehn in solchen Handlungen, die zwar selbstständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen, so daß ein sicherer Schluß von der vorgenommenen Handlung auf das Dasein des Willens gemacht werden kann. [3]) (cf. § 58 I, 4. L.-R.) Man nennt solche Handlungen, welche auf eine bestimmte Willensrichtung mit Zuverlässigkeit, d. i. mit logischer Nothwendigkeit oder doch mit der zu einem juristischen Beweise erforderlichen Sicherheit, schließen lassen, zunächst aber eine andere Bestimmung haben, als zur Kundgebung dieser Willensrichtung zu dienen, facta concludentia. [4]) Sie können ebenfalls in mündlichen oder geschriebenen Worten oder auch in andern positiven oder negativen Handlungen bestehn. Ob eine

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 238.
[2]) v. Savigny a. a. O. p. 242.
[3]) v. Savigny a. a. O. p. 245.
[4]) v. Savigny a. a. O. Mühlenbruch Pandecten Th. I § 98.

Digitized by Google

Handlung die Eigenschaft einer „concludenten" habe, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall, bei deren Entscheidung oft nicht bloß die Handlung an sich, sondern auch die sie begleitenden Nebenumstände zu berücksichtigen sind.[1]) Das geschriebene Recht bietet unter Anderm folgende Beispiele: l. 2 § 1 D. 2, 14; l. 7. C. 8, 26; l. 24 D. 22, 3; l. 5 D. 46, 8; l. 57 D. 2, 14; l. 26 § 1 D. 20, 1; l. 12 D. 21, 2; — §§ 130, 131, 108, I, 13; § 79, I, 20. L.-R. Die Deutung einer solchen Handlung kann aber ausgeschlossen werden theils durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, welche Protestation oder Reservation genannnt wird, theils durch Irrthum, theils durch erweisliche andere Absichten. Cf. l. 20 pr. § 1 D. 29, 2; l. 14 §§ 7 u. 8 D. 11, 7; l. 2 pr. D. 5, 1; l. 15 D. 2, 1; § 132, I, 13; § 79, § 563, I, 20. L.-R. Mit einer stillschweigenden Willenserklärung darf nicht bloßes Stillschweigen verwechselt werden. Dasselbe gilt nach röm. Recht nur in einzelnen bestimmten Fällen als eine zustimmende Erklärung; cf. z. B. l. 12 pr., l. 7 § 1 D. 23, 1; l. 5 D. 1, 7; l. 5, l. 25 C. 5, 4; l. 60 D. 50, 17. Die aus diesen Stellen von manchen gemeinrechtlichen Juristen abstrahirte Regel: „qui tacet, cum loqui potuisset ac debuisset, consentire videtur,"[2]) hat das preuß. L.-R. dahin modifizirt, daß bloßes Stillschweigen nur dann als Einwilligung gelten soll, wenn der Schweigende sich erklären konnte und nach einem positiven Gesetz sich zu erklären verpflichtet war. §§ 61 u. 62,[3]) I, 4. L.-R. Dergleichen Willenserklärungen, die das Gesetz annimmt, wenn Jemand antworten konnte und zu antworten verbunden war, aber nicht geantwortet hat, heißt man fingirte.

Vermuthete Willenserklärungen sind solche, welche aus einer Handlung und den sie begleitenden Umständen bloß mit einer auch für den juristischen Beweis nicht genügenden Wahrscheinlichkeit gefolgert werden, (consensus praesumtus.)[4]) § 63, I, 4. L.-R. Sie stehn auf gleicher Linie mit den präsumirten Thatsachen überhaupt. Wenn nämlich das Resultat einer Schlußfolgerung nicht zur Begründung absoluter oder doch juristischer Gewißheit führt, so heißt es eine Vermuthung (praesumtio). Die Präsumtionen zerfallen aber in a. praesumtiones facti s. hominis, Vermuthungen, die der Richter aus factischen Umständen zieht, ohne daß sie im Gesetz vorgeschrieben sind, und b. in praesumtiones juris, solche, die das Gesetz bis zum Nachweise des Gegentheils aufstellt.[4]) Das preuß. Recht verwirft nur die

[1]) v. Savigny a. a. O. Puchta Pandecten § 64.
[2]) Gegen obigen Satz erklärt sich u. A. v. Savigny System Bd. 3 p. 249.
[3]) Auf § 62, I, 4. L.-R. gründet sich das Contumazialverfahren.
[4]) Mühlenbruch Pandecten Th. I § 98 und 146.

Digitized by Google

praesumtiones facti in Beziehung auf die Annahme von Willenserklärungen, § 63, I, 4. L.-R. [1]) im Uebrigen läßt es dieselben zu, insbesondere können sie dazu dienen, daß derjenigen Partei, welcher sie zu Statten kommen, ein Ergänzungseid anvertraut wird. Cf. § 24. I, 13. A. G.-O.

Unter einer praesumtio juris et de jure versteht man die Annahme einer Thatsache durch das Gesetz ohne Zulassung des Gegenbeweises. Das röm. Recht kennt deren namentlich zwei: [2])

1) ein Schuldschein über ein empfangenes Darlehn erlangt nach Ablauf von 2 Jahren, und

2) eine Quittung nach Ablauf von 30 Tagen seit der Ausstellung absolute Beweiskraft. l. 8 u. 14 C. 4, 30.

Nach gem. Recht findet jedoch in diesen beiden Fällen nur noch eine praesumtio juris statt, welche durch Gegenbeweis widerlegt werden darf. [3]) — Das preuß. Recht enthält praes. juris et de jure in § 25, I, 4; § 121, I, 16; § 93, I, 4. L.-R., ferner in Beziehung auf die Paternität in § 1077, II, 1. L.-R. etc. —

Verschieden von der praesumtio juris et de jure ist die fictio legis. Während die Erstere sich auf Wahrscheinlichkeit gründet, läuft Letztere der Wahrheit und Wirklichkeit zuwider, so z. B. die fictio: nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur.

III. Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

Diese Uebereinstimmung ist nicht vorhanden, wenn dieselben Worte, welche gewöhnlich bei einem Rechtsgeschäfte angewendet werden, zum Scherz gebraucht sind, oder als Uebung bei dem Unterricht in einer Sprache oder bei einer dramatischen Darstellung. [4]) In diesen Fällen kann natürlich von einer rechtsverbindlichen Willenserklärung nicht die Rede sein; l. 3 § 2 D. 44, 7. § 51, I, 4. L.-R. Die Uebereinstimmung der Erklärung mit dem Willen fehlt auch im Falle der Simulation. [5]) Darunter wird eine gemeinschaftliche Willenserklärung Mehrerer verstanden,

---

[1]) §. 63, I, 4 L.-R. bezieht sich nur auf präsumirte Willenserklärungen, nicht auf Präsumtionen überhaupt.

[2]) Doch sind dies keineswegs die einzigen. Vergleiche z. B. l. 3 § 11 D. 38, 16; l. 4 C. 6, 29.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II § 376.

[4]) v. Savigny System Bd. 3 p. 260.

[5]) Simulirte Verträge heißen auch contractus mohatrae.

Digitized by Google

die darüber einverstanden sind, ihren Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben. Die Simulation kommt in folgenden Anwendungen vor:

1) es wird überhaupt gar kein Rechtsgeschäft gewollt, obgleich die Worte auf ein solches lauten;

2) es wird ein anderes als das wörtlich ausgesprochene Rechtsgeschäft gewollt;

3) andere Personen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten, sollen Träger des Rechtsverhältnisses sein.

In allen Fällen ist das simulirte Geschäft nach röm. wie nach preuß. Recht wegen Mangel des Willens null und nichtig; l. 55 D. 18, 1; l. 1 C. 4, 22; l. 54 D. 44, 7; § 52, I, 4; §§ 70, 716 u. 717, I, 11. L.-R. Ob das darunter versteckte Geschäft gültig sei, hängt davon ab, ob es erlaubt und in verbindlicher Form zu Stande gekommen ist; l. 1—4 C. 4, 22; l. 16 C. 5, 16; l. 4—6, l. 9 C. 4, 50; §§ 73 u. 74, 716 u. 717, I, 11. L.-R. Ist nur in Ansehung eines Theils des Geschäfts eine Simulation vorgefallen, so ist zu unterscheiden, ob sie einen wesentlichen Bestandtheil (essentiale) oder nur eine Zufälligkeit (accidentale, Nebenabrede) betrifft. Im erstern Falle gilt Dasselbe wie wenn das ganze Geschäft simulirt ist (cf. §§ 72—74, I, 11. L.-R.), im letztern Falle bleibt das Geschäft bestehen, nur die simulirten Nebenabreden fallen weg und an ihre Stelle treten entweder die wirklich verabredeten Nebenbestimmungen oder die Naturalien des Geschäfts. — Immer aber muß, soll die Simulation berücksichtigt werden, der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen sein, sondern von denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, erkannt werden können. [1])

Von Bedingungen.

1) Begriff.

Bedingung (conditio) heißt der Zusatz einer Willenserklärung, welcher das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen ungewissen Ereigniß auf willkührliche Weise abhängig macht. [2]) Keine wahren Bedingungen sind:

a. Die conditiones tacitae (oder quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt, conditiones juris), bei welchen das Ereigniß, von dem das Dasein eines Rechtsverhältnisses ab-

[1]) v. Savigny a. a. O. p. 262 und 263.
[2]) v. Savigny System Bd. 3, p. 121.

Digitized by Google

hängig gemacht wird, ohnehin schon nothwendige Voraussetzung dieses Rechtsverhältnisses ist. l. 99 D. 35, 1; l. 21 D. h. t.; l. 68 D. 23, 3. [1]) Durch ihre Hinzufügung erhält die Willenserklärung nicht die Natur einer bedingten; l. 99 D. 35, 1; l. 12 D. 28, 7. Nur bei denjenigen Willenserklärungen, für welche der Zusatz einer Bedingung durch eine positive Rechtsregel untersagt ist, sind nach röm. Recht die conditiones tacitae den wahren Bedingungen insofern gleichgestellt, als auch sie nach der Regel: „expressa nocent, non expressa non nocent" (l. 195 D. 50, 17) die ganze Bestimmung, welcher sie als Zusätze beigefügt sind, vernichten; l. 68 D. 28, 5.

b. Die conditiones in praeteritum vel praesens collatae, relatae, conceptae, Bedingungen, bei welchen das Ereigniß, von dem das Dasein eines Rechtsverhältnisses abhängig gemacht wird, schon nach dem gebrauchten Ausdruck nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit oder Gegenwart fällt; denn wo keine objective Ungewißheit, sondern bloß subjective Unwissenheit vorhanden ist, kann keine eigentliche Bedingung angenommen werden. Die cond. in praet. vel praes. collatae wirken zwar im Ganzen auf dieselbe Weise, wie eigentliche Bedingungen, doch unterscheiden sie sich von Letzteren nach röm. Recht darin, daß sie die Gültigkeit derjenigen Geschäfte, in welchen Bedingungen überhaupt verboten sind, nicht gefährden; [2]) nach preuß. Recht darin, daß sie rückwirkende Kraft haben, während die eigentlichen Bedingungen keine rückwirkende Kraft besitzen. §§ 142 und 143 verglichen mit §§ 115 und 116, I, 4. L.-R. Mit einer conditio in praeteritum vel praesens collata ist aber nicht der Fall zu verwechseln, da das Ereigniß als ein künftiges gedacht und ausgedrückt, jedoch zur Zeit des Rechtsgeschäfts ohne Wissen des Erklärenden bereits eingetreten oder vereitelt ist. In einem solchen Falle gilt nach röm. Recht, wenn das Geschäft eine testamentarische Verfügung und das Ereigniß vereitelt ist, die Bedingung einer unmöglichen gleich und deshalb als nicht geschrieben. [3])

c. Bedingungen, bei welchen der Eintritt des Ereignisses nicht ungewiß ist, sondern entweder sicher Statt findet, oder sicher unterbleibt (s. g. nothwendige oder unmögliche Bedingungen). [4]) Cf. §§ 126—128, I, 4. L.-R.

---

[1]) Eine solche Bedingung ist z. B. dann vorhanden, wenn Jemand zum Erben eingesetzt wird unter der Bedingung, daß er den Testator überlebe.

[2]) v. Savigny a. a. O. p. 126.

[3]) Derselbe a. a. O. p. 127.

[4]) Derselbe a. a. O. p. 122.

Digitized by Google

selbst verschuldet hat oder nicht; nur dann, wenn über gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften der Person oder Sache geirrt wird, ist die Berücksichtigung dieses Irrthums davon abhängig gemacht, daß ihn der Irrende nicht durch eignes grobes oder mäßiges Versehen verschuldet habe. §§ 81 u. 82, I, 4. L.-R. Doch muß in den Fällen, wo sogar ein durch den Irrenden selbst verschuldeter Irrthum berücksichtigt wird, der Irrende, welcher durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen ist, dem Anderen, der nicht wußte, daß der Erklärende sich irre, den durch seine — des Irrenden — Schuld entstandenen Schaden ersetzen. § 79, I, 4. L.-R. Diese Verpflichtung zum Schadensersatz fällt aber weg, wenn beide Theile sich in einem vermeidlichen Irrthum befanden. § 80, I, 4. L.-R.

C. Betrug (dolus).

Betrug (dolus) heißt hier die Verfälschung der Wahrheit, die Jemand in der Absicht begeht, sich oder einen Dritten zum Nachtheil des Irrenden zu bereichern. [1]) l. 39 u. 40. D. 4, 3; § 241 des Strafgesetzbuchs. Der Betrug kann auch durch ein bloß leidendes Verhalten, also durch wissentliches stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben, verübt werden. [2]) Letzteres setzt aber immer ein Vertragsverhältniß voraus, worin der Andere Offenheit von uns zu erwarten berechtigt ist; l. 11 § 5 D. 19, 1; l. 43, § 2, l. 35 § 8 D. 18, 1; §§ 540 u. 541, I, 11; § 138 l. c., § 44 l. c. § 963, II, 1; § 166, II, 18. L.-R. Das L.-R. rechnet nach Leyser's Vorgang [3]) auch den Fall zum Betruge, wo Jemand einen Andern, selbst ohne die Absicht diesen zu hintergehn, durch Trunk oder Erregung heftiger Leidenschaften in einen solchen Zustand versetzt, daß er seine Handlungen und deren Folgen nicht mehr richtig zu beurtheilen vermag. §§ 91—93, I, 4. L.-R.

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 118. Bornemann dagegen (preuß. Civilrecht Th. I p. 148) hält die auf den Nachtheil des Irrenden gerichtete Absicht nach preuß. Recht für kein essentiale des Betrugs; denn schon der beleidige einen Andern, welcher denselben in seiner Wahlfreiheit beschränke und zu einer nicht frei gewollten Willenserklärung durch Vorspiegelungen verleite. Demnach wird Betrug definirt als die vorsätzliche Erregung oder Benützung eines Irrthums, um den Irrenden dadurch zu einer von dem Betrüger beabsichtigten Willenserklärung zu bewegen. Vergl. auch Koch Lehrbuch Bd. 1 § 105, der im Wesentlichen dieselbe Definition giebt.

[2]) Ist streitig. Vergleiche Grävell Theorie der Verträge p. 32. und 277.

[3]) Leyser Spec. 59 m. 3; Spec. 348 m. 1.

Digitized by Google

Was nun den wirklichen Betrug anlangt, so bestimmt das röm. und preuß. Recht Folgendes:

1) Wenn der Irrthum, welcher durch den Betrug hervorgerufen ist, nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen als ein wesentlicher erscheint, so ist die Willenserklärung stets ungültig und zwar nach röm. Recht ipso jure, nach preuß. Recht bald ope exceptionis, bald ebenfalls ipso jure, der Betrug mag von einem Contrahenten selbst, oder von einem Dritten ausgegangen sein; §§ 87 und 89, I, 4; § 358, I, 5. L.-R. l. 7 pr. D. 4, 3. [1])

2) Wenn der durch einen Betrug veranlaßte Irrthum kein wesentlicher ist, so kommt es darauf an:

a. ob ein dolus causam dans d. i. ein solcher Betrug vorliegt, ohne welchen der Betrogene das Geschäft gar nicht vorgenommen haben würde; in diesem Falle ist der Vertrag zwar ipso jure gültig, doch ope exceptionis ungültig, und zwar kann sich der Betrogene nach röm. Recht bei einem contractus stricti juris nur mittelst der actio und exceptio doli, bei einem contractus bonae fidei mit der Kontraktsklage helfen; [2]) das L.-R. sagt: jede durch Betrug veranlaßte Willenserklärung ist für den Betrogenen, also der Vertrag nur einseitig, unverbindlich und der Betrogene kann entweder von dem Vertrage wieder abgehen, oder auch dabei stehen bleiben und Schadensersatz fordern. §§ 85 und 86, I, 4; §§ 349—356, I, 5. L.-R. Doch setzt die Ungültigkeit immer voraus, daß der Betrug von dem, der aus der Willenserklärung ein Recht erlangen will, selbst verübt worden; denn hat ein Dritter den dolus causam dans begangen, so findet nur gegen diesen ein Anspruch auf Schadensersatz statt; l. 8. D. 4, 3. [3]) § 89, I, 4 L.-R. [4])

b. Ob ein dolus incidens d. i. ein solcher, welcher ohne das Geschäft veranlaßt zu haben, bei Gelegenheit desselben vorgefallen ist und bloße Modalitäten des Geschäfts betrifft, vorliegt; hier findet immer nur ein Anspruch auf Entschädigung gegen den Betrüger statt; l. 13 § 4 D. 19 1; §§ 87—90, I, 4; §§ 358 und 359, I, 5. L.-R. [5])

Haben beide Contrahenten sich gegen einander eines dolus der ad 1 gedachten Art oder eines dolus causam dans schuldig

---

[1]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 274 Anm. 1 pr. p. 281 Nr. 6. Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 103.

[2]) v. Bangerow a. a. O. p. 275 Nr. 1 und 2. Koch a. a. O. p. 104 und 105.

[3]) v. Bangerow a. a. O. p. 281. Die Frage ist unter den gemeinrechtlichen Juristen streitig.

[4]) Koch a. a. O. p. 109.

[5]) v. Bangerow a. a. O. p. 276.

Digitized by Google

gemacht, so tritt gleichsam eine Compensation des dolus ein. l. 3. § 3 D. 2, 10. Diese aber wirkt nach den verschiedenen Rechten verschieden. Wenn nämlich der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt ist, so kann nach röm. Recht kein Paziscent auf Erfüllung klagen, weil der exceptio doli keine replicatio doli entgegengesetzt werden darf; l. 34 § 3, l. 57 § 3 D. 18, 1; [1]) nach preuß. Recht dagegen kann von jedem Theile auf Erfüllung geklagt werden, § 357, I, 5. L.-R., d. h. die replicatio doli ist hier stärker als die exceptio doli, während es nach röm. Recht gerade umgekehrt ist. Hat nur ein Theil den Vertrg bereits erfüllt, so kann nach röm. Recht, wenn der Andere nicht ebenfalls erfüllen will, das Gegebene nur mit der condictio sine causa zurückgefordert werden; l. 1 § 2 D. 12, 7; [2]) nach preuß. Recht dagegen kann der, welcher erfüllt hat, gegen den Andern auf Erfüllung, und, wenn diese unmöglich ist, auf Rückgabe des Empfangenen klagen. [3]) Ist endlich der Vertrag von beiden Theilen bereits erfüllt, so kann nach röm., wie nach preuß. Recht Keiner von dem Andern Entschädigung ex capite doli oder Rückgabe des Empfangenen beanspruchen. [4]) l. 4 § 13 D. 44, 4, l. 154. D. 50, 17; — § 357, I, 5. L.-R.

Bei wechselseitigem dolus incidens kommt es nach röm. und preuß. Rechte darauf an, ob der dolus sich von beiden Seiten auf denselben Punkt bezieht oder nicht. Im ersten Falle kann Keiner vom Andern Entschädigung verlangen, (ex ratione § 357, I, 5. L.-R.,) im letzten Falle muß Jeder den Andern entschädigen. [5]) §. 22, I, 6. L.-R.

Ein durchgreifender Unterschied zwischen dolus und metus besteht nach röm. und preuß. Recht darin, daß die Rechtsmittel wegen dolus stets nur gegen den Betrüger selbst und dessen Successoren, die

---

[1]) v. Bangerow a. a. O. p. 281. Nr. 5. Andere, z. B. Koch a. a. O. p. 106 und Lehrbuch Bd. 1 p. 235, nehmen an, daß auch nach röm. Recht von jedem Contrahenten auf Erfüllung geklagt werden könne. Ebenso irrig, wie diese Ansicht nach den oben allegirten Gesetzesstellen ist, erscheint die Meinung derer, welche bei wechselseitigem Dolus Nichtigkeit des Geschäfts annehmen; denn dann wäre eine Rückforderung des bereits Geleisteten zulässig; eine solche Rückforderung findet aber bei schon erfülltem Vertrage nicht statt, (cf. den Text) und der durch wechselseitigen Dolus veranlaßte Vertrag ist somit nur nicht klagbar.

[2]) Es ist streitig ob die Rückforderung zulässig.

[3]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 106.

[4]) v. Bangerow a. a. O. p. 281.

[5]) Leiser Spec. 616. Thibaut Pandecten § 149. Manche Rechtslehrer sind der Ansicht, daß nach preuß. Recht bei gegenseitigem dolus incidens jeder Zeit der Anspruch auf Entschädigung wegfalle. Sie berufen sich in dieser Beziehung auf § 357, I, 5. L.-R. Diese Gesetzesstelle geht jedoch nur auf einen dolus causam dans und die Lehre vom dolus incidens beginnt erst mit § 358, I, 5. L.-R. Cf. Bornemann Civilrecht, Th. I. p. 151 und 152; Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 107.

Digitized by Google

Rechtsmittel wegen metus aber auch gegen Dritte in Anwendung gebracht werden können, daß also der dolus nur in personam, der metus aber in rem wirkt. l. 9 §§ 1 und 8, l. 10 pr. D. 4, 2. [1])

D. Affect.

Wenn Furcht, Zorn oder Trunkenheit einen solchen Grad erreicht haben, daß der Erklärende nicht mehr weiß, was er thut oder redet, also wirklich bewußtlos ist, so ist die in einem derartigen Zustande abgegebene Willenserklärung nach gemeinem und preuß. Recht ipso jure ungültig, weil in Wahrheit gar kein Wille vorhanden ist. [2]) Cf. c. 7 C. 15 qu. 1; cap. 14 X. 3, 1; l. 48 D. 50, 17; l. 3 D. 24, 2. §§ 28—30, I, 4. L.-R. In diesen Fällen ist auch die vom L.-R. bei dem metus (§ 45, I, 4) und der Berauschung (§ 92, I, 4) vorgeschriebene Anzeige nicht erforderlich.

Es ist in Vorstehendem bald von einer Ungültigkeit, die ipso jure stattfindet, (Nichtigkeit, Nullität), bald von einer solchen, die nur ope exceptionis eintritt (Ungültigkeit im engern Sinne, Anfechtbarkeit, Rescissibilität) gesprochen worden. Es soll nunmehr näher angegeben werden, in welchen Punkten sich Beide wesentlich von einander unterscheiden.

1) Nullität ist vorhanden, wenn dem sie verursachenden Umstande die Wirkung beigelegt ist, die Existenz des Geschäfts unmittelbar (ipso jure) auszuschließen. Es giebt daher keine Nichtigkeitsklage und keine Verjährung der Nichtigkeit; der wegen nichtiger Geschäfte entstehende Rechtsstreit und das richterliche Erkenntniß betrifft nur die Feststellung der Thatsache der Nichtigkeit; das Urtel ist declaratorisch, nicht vernichtend. Die Nichtigkeit entsteht bald aus dem Mangel der erforderlichen persönlichen Eigenschaften oder des Wesens des Geschäfts, wozu besonders das Dasein des Willens gehört, bald aus dem Mangel der vorgeschriebenen Form; bald hat sie ihren Grund in einem positiven Gesetz, welches das betreffende Rechtsgeschäft verbietet. [3])

Ungültigkeit im engeren Sinne ist vorhanden, wenn der sie verursachende Umstand einer Person das Recht giebt, das Geschäft in seinen Wirkungen als nicht bestehend zu behandeln, so daß es als bestehend gilt, wenn und so lange jene nicht von dieser Befugniß Gebrauch macht. Es bedarf daher bei der Ungültigkeit

---

[1]) v. Bangerow a. a. O. p. 282. v. Savigny System Bd. 3 p. 117. Koch a. a. O. p. 110.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 297 Nr. 6 c und d. v. Savigny System Bd. 3 p. 109.

[3]) Puchta Pandecten § 67. v. Savigny System Bd. 4 p. 536 sq. Koch Lehrbuch Bd. 1 § 128.

Digitized by Google

immer eines besondern Rechtsmittels, um das Geschäft zu beseitigen. [1])

2) Bei nichtigen Geschäften ist in der Regel [2]) keine Convalescenz möglich; l. 29 D. 50, 17: quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere; l. 201 D. 50, 17; l. 41 § 2 D. de leg. 1; § 43, I, 3; § 933, II, 1. L.-R. Ein ungültiges Rechtsgeschäft kann dagegen stets durch nachheriges Wegfallen des Hindernisses convalesciren.

Insbesondere genügt bei ungültigen Rechtsgeschäften, um die Ungültigkeit zu beheben, ein einfaches Anerkenntniß, Ratihabition; l. 25 C. 5, 16; l. 1 C. 2, 46; §§ 186, 187, 189, I, 5. L.-R. und die Wirkungen eines solchen Anerkenntnisses erstrecken sich dann bis auf den Abschluß des Geschäfts zurück; l. 25 C. 5, 16; l. 7 pr. C. 4, 28; § 188, I, 5. L.-R. Bei einem nichtigen Geschäft ist dagegen neue Abschließung desselben, um die Paciscenten zu verpflichten, erforderlich [3]) und dieser neue Vertrag wirkt regelmäßig nicht in praeteritum; [4]) l. 65 § 1 D. 23, 2; l. 11 D. 1, 5; — §§ 37 u. 38, I, 5. L.-R.

3) Die in Folge eines nichtigen Geschäfts vorgenommene traditio ist nicht im Stande, Eigenthum zu übertragen; der Trabent kann die tradirte Sache daher von jedem Dritten vindiziren; cf. l. 34 pr. D. 41, 2; l. 2 § 6 D. 41, 4; anders verhält es sich bei ungültigen Rechtsgeschäften; doch gelten auch hier Ausnahmen. Cf. z. B. l. 9 §§ 1. u. 8. D. 4, 2. [5])

4) Bei einem ungültigen Geschäfte kann sich nur der Theil auf die Ungültigkeit berufen, in Beziehung auf welchen es nicht rechtsbeständig ist; bei einem nichtigen Geschäfte steht die Berufung auf die Nichtigkeit in der Regel jedem Contrahenten frei; doch findet bei der durch wesentlichen Irrthum veranlaßten Nichtigkeit — der s. g. relativen Nichtigkeit — insofern eine Ausnahme statt, als nur der Irrende jene Befugniß hat, weil nicht der Irrthum als solcher, sondern der Mangel des Consenses den Vertrag nichtig macht; wenn daher der Irrende erklärt, er habe allerdings — ungeachtet seines Irrthums — consentiren wollen, so ist das Geschäft wirklich vorhanden. [6])

5) Die Nichtigkeit muß der Richter ex officio berücksichtigen; die Ungültigkeit aber nur dann, wenn sie excipirt wird.

---

[1]) Cf. pag. 173 Note 3.

[2]) Ausnahmen des röm. Rechts: l. 42 D. 41, 3; l. 4 § 32 D. 44, 4. Ausnahmen des preuß. Rechts: § 17 Einleitung zum L.-R. §§ 185, 186, I, 5; § 41, II, 1. L.-R.

[3]) Eine Ausnahme des preuß. Rechts siehe pag. 164. §§ 186–189, I, 5.

[4]) Puchta Pandecten § 51 Note c.

[5]) Vergleiche Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 110 und 132.

[6]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 131 Anm. 1.

Digitized by Google

— Schließlich ist noch der wichtigen Regel Erwähnung zu thun, daß, wenn der hauptsächliche und wesentliche Theil des Geschäfts nicht bestehen kann, auch die außerwesentlichen Bestimmungen desselben über den Haufen fallen; l. 178 D. 50, 17: „Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent"; — daß aber mit der Ungültigkeit einzelner Nebenbestimmungen nicht auch das Ganze ungültig wird; „non vitiatur utile per inutile", l. 1 § 5 D. 45, 1. Präj. 961 des Geh. Ob.-Trib. v. 21. Dec. 1840. (Präj. p. 7.)

II. Erklärung des Willens.

Man unterscheidet:

1) Förmliche und formlose Willenserklärungen. Förmlich heißen diejenigen, deren Wirksamkeit durch die Beobachtung einer positiv vorgeschriebenen Handlungsweise bedingt ist. [1]

2) Gewisse und vermuthete Willenserklärungen. Die Erstern zerfallen wieder a. in ausdrückliche, nämlich solche, bei welchen die sinnlich wahrnehmbare Thatsache, durch welche der Wille erkannt wird, die alleinige Bestimmung hat, als Kennzeichen dieses Willens zu dienen. [2] Das Mittel der ausdrücklichen Erklärung kann bestehen in mündlicher oder schriftlicher Rede (cf. l. 38 D. 44, 7; § 57, I, 4. L.-R.) oder auch in bloßen Geberden, so z. B. wenn derjenige, welchem ein bestimmter Vertrag angeboten wird, durch bloßes Zunicken seine Einwilligung ausdrückt (cf. l. 21 pr. D. 32; l. 1 § 3 D. 38, 4; l. 52 § 10 D. 44, 7; l. 17. D. 46, 2; § 57, I, 4. L.-R.) b. in stillschweigende Willenserklärungen. Dieselben bestehn in solchen Handlungen, die zwar selbstständige Zwecke haben, zugleich aber als Mittel für die Erkenntniß des Willens dienen, so daß ein sicherer Schluß von der vorgenommenen Handlung auf das Dasein des Willens gemacht werden kann. [3] (cf. § 58 I, 4. L.-R.) Man nennt solche Handlungen, welche auf eine bestimmte Willensrichtung mit Zuverlässigkeit, d. i. mit logischer Nothwendigkeit oder doch mit der zu einem juristischen Beweise erforderlichen Sicherheit, schließen lassen, zunächst aber eine andere Bestimmung haben, als zur Kundgebung dieser Willensrichtung zu dienen, facta concludentia. [4] Sie können ebenfalls in mündlichen oder geschriebenen Worten oder auch in andern positiven oder negativen Handlungen bestehn. Ob eine

[1] v. Savigny System Bd. 3 p. 238.
[2] v. Savigny a. a. O. p. 242.
[3] v. Savigny a. a. O. p. 245.
[4] v. Savigny a. a. O. Mühlenbruch Pandecten Th. I § 98.

Digitized by Google

Handlung die Eigenschaft einer „concludenten" habe, ist eine Interpretationsfrage für jeden einzelnen Fall, bei deren Entscheidung oft nicht bloß die Handlung an sich, sondern auch die sie begleitenden Nebenumstände zu berücksichtigen sind. [1]) Das geschriebene Recht bietet unter Anderm folgende Beispiele: l. 2 § 1 D. 2, 14; l. 7. C. 8, 26; l. 24 D. 22, 3; l. 5 D. 46, 8; l. 57 D. 2, 14; l. 26 § 1 D. 20, 1; l. 12 D. 21, 2; — §§ 130, 131, 108, I, 13; § 79, I, 20. L.-R. Die Deutung einer solchen Handlung kann aber ausgeschlossen werden theils durch eine ausdrückliche Gegenerklärung, welche Protestation oder Reservation genannnt wird, theils durch Irrthum, theils durch erweisliche andere Absichten. Cf. l. 20 pr. § 1 D. 29, 2; l. 14 §§ 7 u. 8 D. 11, 7; l. 2 pr. D. 5, 1; l. 15 D. 2, 1; § 132, I, 13; § 79, § 563, I, 20. L.-R. Mit einer stillschweigenden Willenserklärung darf nicht bloßes Stillschweigen verwechselt werden. Dasselbe gilt nach röm. Recht nur in einzelnen bestimmten Fällen als eine zustimmende Erklärung; cf. z. B. l. 12 pr., l. 7 § 1 D. 23, 1; l. 5 D. 1, 7; l. 5, l. 25 C. 5, 4; l. 60 D. 50, 17. Die aus diesen Stellen von manchen gemeinrechtlichen Juristen abstrahirte Regel: „qui tacet, cum loqui potuisset ac debuisset, consentire videtur," [2]) hat das preuß. L.-R. dahin modifizirt, daß bloßes Stillschweigen nur dann als Einwilligung gelten soll, wenn der Schweigende sich erklären könnte und nach einem positiven Gesetz sich zu erklären verpflichtet war. §§ 61 u. 62, [3]) I, 4. L.-R. Dergleichen Willenserklärungen, die das Gesetz annimmt, wenn Jemand antworten konnte und zu antworten verbunden war, aber nicht geantwortet hat, heißt man fingirte.

Vermuthete Willenserklärungen sind solche, welche aus einer Handlung und den sie begleitenden Umständen bloß mit einer auch für den juristischen Beweis nicht genügenden Wahrscheinlichkeit gefolgert werden, (consensus praesumtus.) [4]) § 63, I, 4. L.-R. Sie stehn auf gleicher Linie mit den präsumirten Thatsachen überhaupt. Wenn nämlich das Resultat einer Schlußfolgerung nicht zur Begründung absoluter oder doch juristischer Gewißheit führt, so heißt es eine Vermuthung (praesumtio). Die Präsumtionen zerfallen aber in a. praesumtiones facti s. hominis, Vermuthungen, die der Richter aus factischen Umständen zieht, ohne daß sie im Gesetz vorgeschrieben sind, und b. in praesumtiones juris, solche, die das Gesetz bis zum Nachweise des Gegentheils aufstellt. [4]) Das preuß. Recht verwirft nur die

[1]) v. Savigny a. a. O. Puchta Pandecten § 64.
[2]) Gegen obigen Satz erklärt sich u. A. v. Savigny System Bd. 3 p. 249.
[3]) Auf § 62, I, 4. L.-R. gründet sich das Contumazialverfahren.
[4]) Mühlenbruch Pandecten Th. I § 98 und 146.

Digitized by Google

praesumtiones facti in Beziehung auf die Annahme von Willenserklärungen, § 63, I, 4. L.-R. [1]) im Uebrigen läßt es dieselben zu, insbesondere können sie dazu dienen, daß derjenigen Partei, welcher sie zu Statten kommen, ein Ergänzungseid anvertraut wird. Cf. § 24. I, 13. A. G.-O.

Unter einer praesumtio juris et de jure versteht man die Annahme einer Thatsache durch das Gesetz ohne Zulassung des Gegenbeweises. Das röm. Recht kennt deren namentlich zwei: [2])

1) ein Schuldschein über ein empfangenes Darlehn erlangt nach Ablauf von 2 Jahren, und

2) eine Quittung nach Ablauf von 30 Tagen seit der Ausstellung absolute Beweiskraft. l. 8 u. 14 C. 4, 30.

Nach gem. Recht findet jedoch in diesen beiden Fällen nur noch eine praesumtio juris statt, welche durch Gegenbeweis widerlegt werden darf. [3]) — Das preuß. Recht enthält praes. juris et de jure in § 25, I, 4; § 121, I, 16; § 93, I, 4. L.-R., ferner in Beziehung auf die Paternität in § 1077, II, 1. L.-R. etc. —

Verschieden von der praesumtio juris et de jure ist die fictio legis. Während die Erstere sich auf Wahrscheinlichkeit gründet, läuft Letztere der Wahrheit und Wirklichkeit zuwider, so z. B. die fictio: nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur.

III. Uebereinstimmung des Willens mit der Erklärung.

Diese Uebereinstimmung ist nicht vorhanden, wenn dieselben Worte, welche gewöhnlich bei einem Rechtsgeschäfte angewendet werden, zum Scherz gebraucht sind, oder als Uebung bei dem Unterricht in einer Sprache oder bei einer dramatischen Darstellung. [4]) In diesen Fällen kann natürlich von einer rechtsverbindlichen Willenserklärung nicht die Rede sein; l. 3 § 2 D. 44, 7. § 51, I, 4. L.-R. Die Uebereinstimmung der Erklärung mit dem Willen fehlt auch im Falle der Simulation. [5]) Darunter wird eine gemeinschaftliche Willenserklärung Mehrerer verstanden,

---

[1]) §. 63, I, 4 L.-R. bezieht sich nur auf präsumirte Willenserklärungen, nicht auf Präsumtionen überhaupt.

[2]) Doch sind dies keineswegs die einzigen. Vergleiche z. B. l. 3 § 11 D. 38, 16; l. 4 C. 6, 29.

[3]) Mühlenbruch Pandecten Th. II § 376.

[4]) v. Savigny System Bd. 3 p. 260.

[5]) Simulirte Verträge heißen auch contractus mohatrae.

Digitized by Google

die darüber einverstanden sind, ihren Erklärungen eine andere als die gewöhnliche Bedeutung zu geben. Die Simulation kommt in folgenden Anwendungen vor:

1) es wird überhaupt gar kein Rechtsgeschäft gewollt, obgleich die Worte auf ein solches lauten;

2) es wird ein anderes als das wörtlich ausgesprochene Rechtsgeschäft gewollt;

3) andere Personen, als worauf die Worte der Willenserklärung lauten, sollen Träger des Rechtsverhältnisses sein.

In allen Fällen ist das simulirte Geschäft nach röm. wie nach preuß. Recht wegen Mangel des Willens null und nichtig; l. 55 D. 18, 1; l. 1 C. 4, 22; l. 54 D. 44, 7; § 52, I, 4; §§ 70, 716 u. 717, I, 11. L.-R. Ob das darunter versteckte Geschäft gültig sei, hängt davon ab, ob es erlaubt und in verbindlicher Form zu Stande gekommen ist; l. 1—4 C. 4, 22; l. 16 C. 5, 16; l. 4—6, l. 9 C. 4, 50; §§ 73 u. 74, 716 u. 717, I, 11. L.-R. Ist nur in Ansehung eines Theils des Geschäfts eine Simulation vorgefallen, so ist zu unterscheiden, ob sie einen wesentlichen Bestandtheil (essentiale) oder nur eine Zufälligkeit (accidentale, Nebenabrede) betrifft. Im erstern Falle gilt Dasselbe wie wenn das ganze Geschäft simulirt ist (cf. §§ 72—74, I, 11. L.-R.), im letztern Falle bleibt das Geschäft bestehen, nur die simulirten Nebenabreden fallen weg und an ihre Stelle treten entweder die wirklich verabredeten Nebenbestimmungen oder die Naturalien des Geschäfts. — Immer aber muß, soll die Simulation berücksichtigt werden, der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen sein, sondern von denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, erkannt werden können. [1])

Von Bedingungen.

1) Begriff.

Bedingung (conditio) heißt der Zusatz einer Willenserklärung, welcher das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen ungewissen Ereigniß auf willkührliche Weise abhängig macht. [2]) Keine wahren Bedingungen sind:

a. Die conditiones tacitae (oder quae insunt, tacite insunt, extrinsecus veniunt, conditiones juris), bei welchen das Ereigniß, von dem das Dasein eines Rechtsverhältnisses ab-

[1]) v. Savigny a. a. O. p. 262 und 263.
[2]) v. Savigny System Bd. 3, p. 121.

Digitized by Google

hängig gemacht wird, ohnehin schon nothwendige Voraussetzung dieses Rechtsverhältnisses ist. l. 99 D. 35, 1; l. 21 D. h. t.; l. 68 D. 23, 3. [1]) Durch ihre Hinzufügung erhält die Willenserklärung nicht die Natur einer bedingten; l. 99 D. 35, 1; l. 12 D. 28, 7. Nur bei denjenigen Willenserklärungen, für welche der Zusatz einer Bedingung durch eine positive Rechtsregel untersagt ist, sind nach röm. Recht die conditiones tacitae den wahren Bedingungen insofern gleichgestellt, als auch sie nach der Regel: „expressa nocent, non expressa non nocent“ (l. 195 D. 50, 17) die ganze Bestimmung, welcher sie als Zusätze beigefügt sind, vernichten; l. 68 D. 28, 5.

b. Die conditiones in praeteritum vel praesens collatae, relatae, conceptae, Bedingungen, bei welchen das Ereigniß, von dem das Dasein eines Rechtsverhältnisses abhängig gemacht wird, schon nach dem gebrauchten Ausdruck nicht in die Zukunft, sondern in die Vergangenheit oder Gegenwart fällt; denn wo keine objective Ungewißheit, sondern bloß subjective Unwissenheit vorhanden ist, kann keine eigentliche Bedingung angenommen werden. Die cond. in praet. vel praes. collatae wirken zwar im Ganzen auf dieselbe Weise, wie eigentliche Bedingungen, doch unterscheiden sie sich von Letzteren nach röm. Recht darin, daß sie die Gültigkeit derjenigen Geschäfte, in welchen Bedingungen überhaupt verboten sind, nicht gefährden; [2]) nach preuß. Recht darin, daß sie rückwirkende Kraft haben, während die eigentlichen Bedingungen keine rückwirkende Kraft besitzen. §§ 142 und 143 verglichen mit §§ 115 und 116, I, 4. L.-R. Mit einer conditio in praeteritum vel praesens collata ist aber nicht der Fall zu verwechseln, da das Ereigniß als ein künftiges gedacht und ausgedrückt, jedoch zur Zeit des Rechtsgeschäfts ohne Wissen des Erklärenden bereits eingetreten oder vereitelt ist. In einem solchen Falle gilt nach röm. Recht, wenn das Geschäft eine testamentarische Verfügung und das Ereigniß vereitelt ist, die Bedingung einer unmöglichen gleich und deshalb als nicht geschrieben. [3])

c. Bedingungen, bei welchen der Eintritt des Ereignisses nicht ungewiß ist, sondern entweder sicher Statt findet, oder sicher unterbleibt (s. g. nothwendige oder unmögliche Bedingungen). [4]) Cf. §§ 126—128, I, 4. L.-R.

---

[1]) Eine solche Bedingung ist z. B. dann vorhanden, wenn Jemand zum Erben eingesetzt wird unter der Bedingung, daß er den Testator überlebe.

[2]) v. Savigny a. a. O. p. 126.

[3]) Derselbe a. a. O. p. 127.

[4]) Derselbe a. a. O. p. 122.

Digitized by Google

2) Arten der Bedingungen.

A. Nach der logischen Form der bedingenden Thatsache unterscheidet man, je nachdem Letztere in einem Sein oder Nichtsein besteht, (positive) oder affirmative und negative Bedingungen.

B. Nach der Ursache, von welcher der Eintritt der Bedingung abhängt, unterscheidet man solche, deren Eintritt von menschlicher Willkühr abhängt, und Bedingungen, die in dem Eintreten oder Unterbleiben eines von menschlicher Willkühr unabhängigen Ereignisses bestehen. Die Ersteren können bestehen:

a. In der Willkühr des bedingt Berechtigten. Wenn sie auf bloßes Wollen gerichtet sind („si velit"), so sind sie wirkungslos und die Erklärung ist in Wahrheit eine unbedingte; l. 48 D. 45, 1 [1]) Ist dagegen die Bedingung nicht auf den bloßen Willen an sich selbst gestellt, sondern auf irgend eine äußere Handlung des bedingt Berechtigten (z. B. „si Capitolium ascenderit"), so gilt sie als wahre Bedingung. [2]) § 105, I, 4. L.-R. Man nennt solche Bedingungen, die in einer äußern freien Handlung des bedingt Berechtigten bestehen, potestativae im Gegensatz der casuales, d. i. solcher, die nicht auf den Willen des Berechtigten gestellt sind. Zwischen beiden stehen mitten inne die cond. mixtae, nämlich diejenigen, deren Eintritt nur zum Theil von der Willkühr des bedingt Berechtigten abhängt; l. un. § 7 C. 6, 51. [3])

b. In der Willkühr des bedingt Verpflichteten. Ist die Bedingung auf das bloße Wollen an sich („si velit") gestellt, so hat die ganze Erklärung keine rechtliche Wirkung, d. h. das Dasein eines Rechtsverhältnisses wird dadurch überhaupt gänzlich ausgeschlossen; l. 17, l. 46 § 3, l. 108 § 1 D. 45, 1; l. 7 pr. D. 18, 1; l. 43 § 2 D. 30; § 108, I, 4; § 71, I, 5. L.-R. Ist die Bedingung aber auf eine äußere Handlung des bedingt Verpflichteten gerichtet, so gilt sie wiederum als wahre Bedingung [4]) (§ 109, I, 4. L.-R.) und wird von Manchen ebenfalls c. potestativa genannt.

c. In der Willkühr eines Dritten (conditio in voluntatem tertii collata). Ist die Bedingung auf das bloße Wollen an sich gestellt („si voluit"), und einem Vertrage beigefügt, so gilt sie als wirkliche Bedingung; [5]) § 72, I, 5; § 14, I, 11. L.-R.;

---

[1]) Die Regel ist im röm. Recht nicht ohne Ausnahmen. Vergl. v. Savigny System Bd. 3, p. 129.
[2]) Derselbe a. a. O.
[3]) Derselbe a. a. O. p. 130.
[4]) Derselbe a. a. O. p. 132.
[5]) Derselbe a. a. O. p. 133.

Digitized by Google

ist sie einem Testamente beigefügt, so macht sie nach röm. und wohl auch nach preuß. Recht die Erbeinsetzung oder das Legat ungültig; l. 68 D. 28, 5; l. 52 D. 35, 1; § 49, I, 12. L.-R. Besteht dieselbe aber in einer materiellen Handlung des Dritten, so ist sowohl nach röm. als auch nach preuß. Recht die Erbeinsetzung oder das Legat selbst, sowie die hinzugefügte Bedingung, völlig gültig; l. 68 D. 28, 5; l. 52 D. 35, 1. In den Fällen, wo die auf das bloße Wollen gestellte Bedingung („si voluit") entweder wirkungslos ist, oder die ganze Erklärung vernichtet, kann man als Grund ebenfalls die Regel angeben: „expressa nocent, non expressa non nocent", welche hier jedoch einen andern als den früher angegebenen Sinn hat.

C. Nach der Art ihrer Einwirkung theilt man die Bedingungen in suspensive (aufschiebende) und resolutive (auflösende), je nachdem der Anfang oder das Ende eines Rechtsverhältnisses von ihnen abhängig gemacht wird. In den röm. Rechtsquellen finden sich diese Kunstausdrücke nicht. Wo von conditio ohne nähere Bestimmung geredet wird, ist überall an die suspensive zu denken; negotium sub conditione, n. conditionale bezeichnet daher ein Geschäft unter einer Suspensiv-Bedingung; negotium purum, quod sub conditione resolvitur, bezeichnet ein Rechtsgeschäft, das unter einer Resolutiv-Bedingung geschlossen worden. [1]) Cf. z. B. l. 2 D. 18, 2.

3) Erfüllung der Bedingungen.

A. Zur Erfüllung gehört, daß das Ereigniß gerade so, wie es vorgeschrieben worden, eintreffen muß; die Handlung, welche zur Bedingung gemacht worden, darf daher nicht bloß theilweise geschehen; [2]) l. 44 § 10 D. 35, 1; §§ 491 u. 492, I, 12. L.-R. Da jedoch das röm. Recht bei Bedingungen ausdrücklich die Interpretationsregel aufstellt, daß auf die Absicht des Urhebers der Bedingung mehr als auf den wörtlichen Ausdruck zu sehen ist (l. 19 pr. D. 35, 1; l. 101 pr. eod. „cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat"), so kann ausnahmsweise eine Bedingung auch auf andere als die vorgeschriebene Art (per aequipollens) erfüllt werden, nämlich dann, wenn nach der Absicht des Erklärenden nur ein bestimmter Erfolg des zur Bedingung gemachten Ereignisses erreicht werden soll, dieser Erfolg aber

[1]) v. Savigny System Bd. 3, p. 149. Koch Recht der Forderungen Bd. 2, p. 210.

[2]) Koch a. a. O. p. 215.

Digitized by Google

auch durch eine andere Thatsache erreicht wird.[1]) So wird z. B., wenn Jemand unter der Bedingung, daß er binnen einer bestimmten Frist von seinem Vater aus der Gewalt entlassen werde, zum Erben eingesetzt ist und innerhalb des Termins durch den Tod seines Vaters sui juris geworden, die Bedingung für erfüllt angesehen; l. 5 C. 8, 55. Eine weitere Anwendung jenes Grundsatzes enthält l. 13 pr. D. 40, 4: Wenn mehreren Sclaven unter der Bedingung die Freiheit vermacht ist, daß sie eine Statue errichten oder ein Haus bauen und nur einer von ihnen das Werk ausführt, so gilt die Bedingung als erfüllt. Das preuß. L.-R. hat diesen Grundsatz ebenfalls adoptirt; denn es bestimmt ganz allgemein: Ist Mehreren zusammen eine Bedingung auferlegt worden, welche von einem derselben, nach der aus der Verordnung und den Umständen sich ergebenden Absicht des Erblassers vollständig erfüllt werden kann, so kommt die von Einem unter ihnen geleistete Erfüllung auch den Uebrigen zu statten; § 498, I, 12.

Wenn die Bedingung, an welche eine Erbeinsetzung oder ein Legat gebunden ist, schon zur Zeit der Testamentserrichtung oder doch schon vor dem Tode des Testators eingetreten, so muß nach röm. Recht unterschieden werden, ob die Bedingung lediglich auf eine Handlung des Honorirten, welche willkührlich wiederholt werden kann, gestellt ist, oder nicht. Im ersten Falle muß die Handlung nach dem Tode des Testators wiederholt werden, denn wenn der Honorirte dieselbe zufällig schon früher vorgenommen hat, so kann man nicht sagen, daß er damit eine Bedingung erfüllt habe, da er eine solche ja gar nicht kannte, und seine Absicht also auch nicht auf die Erfüllung einer Bedingung gerichtet sein konnte. Im zweiten Fall ist eine Wiederholung des Geschehenen nur dann nöthig, wenn der Testator bei der Testaments-Errichtung gewußt hat, daß das Ereigniß bereits eingetreten war;[2]) l. 2, l. 11 § 1 D. 35, 1; l. 45 § 2 D. 31; l. 7 C. 6, 25. — Das preuß. L.-R. enthält im Wesentlichen dieselben Grundsätze, jedoch mit der Modification, daß es im zweiten Fall einer Wiederholung selbst dann nicht bedarf, wenn der Testator den bereits erfolgten Eintritt der Bedingung bei der Testamentserrichtung wußte; (§§ 501 und 502, I, 12. L.-R.) und daß im ersten Fall, wenn

[1]) Koch a. a. O. p. 217. v. Savigny a. a. O. p. 135. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 352, Nr. 40.

[2]) Vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 351, Nr. 33. Anderer Meinung ist v. Savigny System Bd. 3, p. 136. Nach ihm muß unterschieden werden, ob das in der Bedingung geforderte Ereigniß von der Art ist, daß es oft und leicht wiederholt werden kann, oder nicht. Im zweiten Fall genüge es, daß es irgend einmal geschehen sei, im ersten Falle sei Wiederholung nöthig.

Digitized by Google

von der Wiederholung kein Nutzen zu erwarten ist, der Honorirte auf den Erlaß derselben antragen kann; § 503, I, 12 und §§ 134 sq., I, 4. L.-R.

B. Mehrere conjunctim auferlegte Bedingungen müssen alle vollständig erfüllt werden, [1]) von mehreren disjunctim auferlegten diejenige, welche dem Beschwerten gefällt; § 11 J. 2, 14; §§ 490 und 492, I, 12. L.-R. [2])

C. Die Erfüllung muß zur gehörigen Zeit geschehen. Ist keine Frist bestimmt, und eine affirmative Potestativ-Bedingung auferlegt, so hat der Beschwerte nach röm. Recht so lange als die Erfüllung nicht unmöglich geworden, nach preuß. Recht nur innerhalb der ordentlichen Verjährungsfrist Zeit zur Erfüllung; auch kann der Interessent ihm durch den Richter eine Zeit bestimmen lassen, und zwar bei Testamenten immer, bei andern Rechtsgeschäften jedoch nur dann, wenn nach den Umständen eine bestimmte Zeit beabsichtigt worden; §§ 495 u. 496, I, 12; §§ 230 sq., I, 5. L.-R. l. 23 § 1 D. 28, 5; l. 29 D. 35, 1; l. 4 pr. D. 42, 5. Cf. auch l. 115 §. 1 D. 45, 1. [3])

Bei Verträgen ist es nach röm. und preuß. Recht gleichgültig, ob die Erfüllung der Bedingung vor oder nach dem Tode des Gläubigers eintritt; bei ihnen geht also stets das bedingte Recht auf die Erben über; § 4 J. 3, 15; § 25 J. 3, 19; § 161, I, 4. L.-R. Eine Ausnahme findet nach beiden Rechten nur dann statt, wenn die Bedingung auf eine nicht fungible Handlung des bedingt Berechtigten, d. i. auf eine solche Handlung, bei welcher auf die Person des Handelnden gesehen wird, gestellt ist [4]); §§ 161 und 162, I, 4. L.-R. Mit derselben Ausnahme gehen nach preuß. Recht auch bei Testamenten bedingte Rechte auf die Erben des bedingt Berechtigten über; § 485, I, 12. L.-R. Nach röm. Recht dagegen muß der bedingte Erbe oder Legatar den Eintritt der Bedingung erleben; sonst ist die Erbeinsetzung resp. das Legat unwirksam; l. 109 D. 35, 1; l. 4 pr. D. 36, 2; l. un. § 7 C. 6, 51.

D. Affirmative Bedingungen sind in dem Augenblicke erfüllt, wo das Ereigniß zur Wirklichkeit gelangt; negative können in Erfüllung gehen a. durch Ablauf der Zeit, auf welche die Bedingung beschränkt ist, ohne daß darin das Ereigniß eintrat, b. dadurch, daß das Ereigniß unmöglich wird, z. B. indem

---

[1]) Eine Modification dieser Regel enthalten jedoch die §§ 493 u. 494, I, 12. L.-R.

[2]) Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 218.

[3]) Cf. Koch Lehrbuch Bd. 1, § 118. Göschen Vorles. Bd. 1. p. 288, v. Savigny System Bd. 5 p. 281 sq.

[4]) Koch Recht der Ford. Bd. 2, p. 219 sq. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 351, Nr. 34. v. Savigny System Bd. 3, p. 136.

Digitized by Google

der Sclave stirbt, dessen Nichtfreilassung die Bedingung eines Rechtes war,

c. durch den Tod des Berechtigten, ohne daß derselbe die ihm durch die Bedingung untersagte Handlung vorgenommen hat. Zur Erleichterung der Erben und Legatare, deren Recht an eine negative Potestativ-Bedingung gebunden ist, dient nach röm. Recht die von Qu. Mucius Scaevola eingeführte und nach ihm benannte cautio Muciana, durch deren Bestellung die Erben und Legatare sogleich in den Genuß der ihnen zugedachten Rechte gelangen können. Diese Caution sichert die Rückgabe des Empfangenen für den Fall künftiger Verletzung der Bedingung und ermöglicht zugleich die Realisirung eines Vermächtnisses sowie einer Erbschaft, welche dem Honorirten unter einer ihm auferlegten negativen Potestativ-Bedingung, die erst mit seinem Tode als erfüllt anzusehen, beschieden ist. [1]) Eine solche Zuwendung war nämlich nach älterem Rechte ganz unwirksam, da der Bedachte dieselbe bei Lebzeiten nie erhalten konnte, der Uebergang auf die Erben des Honorirten aber auch nicht möglich war, weil bei bedingten Vermächtnissen und Erbschaften der Honorirte den Eintritt der Bedingung erleben muß. Die cautio Muciana bewirkt nun, daß die Zuwendung, wenn der Honorirte stirbt, ohne die Bedingung verletzt zu haben, bei seinem Erben bleibt. [2]) Die Frage, wem die cautio zu leisten, beantwortet l. 18 D. 35, 1 dahin, daß sie dem zu leisten, ad quem jure civili, deficiente conditione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest. Ob dies auch auf die Intestaterben ausgedehnt werden könne, ist streitig. [3])

E. Die unerfüllte Bedingung wird nach röm. Recht vermittelst einer Fiction in 3 Fällen als erfüllt angesehen und behandelt:

1) wenn derjenige, auf dessen Vortheil die Erfüllung der Bedingung berechnet ist, darauf freiwillig verzichtet (quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur); l. 5 § 5 D. 36, 2; l. 78 pr. D. 35, 1; l. 23 D. 28, 7; l. 1 C. 6, 45; [4])

2) wenn derjenige die Erfüllung vorsätzlich verhindert, der aus der Nichterfüllung Vortheil zieht; l. 161 D. 50, 17: „In

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. III. § 650. Uebrigens findet die cautio Muciana nicht bloß bei solchen negativen Potestativ-Bedingungen, quae non nisi morte eorum, quibus aliquid relinquitur, finiuntur, sondern auch bei denen Anwendung, die schon beim Leben des Vermächtnißnehmers in Erfüllung gehen können; z. B. si servum non manumiserit; l. 7 pr., l. 67 D. 36, 3.

[2]) Mühlenbruch Pandecten Th. III. § 650.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2, p. 557, Nr. 7.

[4]) v. Savigny System Bd. 3, p. 138.

Digitized by Google

jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset", l. 24 D. 35, 1; l. 85 § 7 D. 45, 1; l. 50 D. 18, 1; [1])

3) wenn ein Sclave durch letzten Willen freigelassen wird unter einer mixta conditio und wenn derselbe von seiner Seite zur Erfüllung bereit ist, auch alle von ihm erwartete Mittel zur Erfüllung in Bereitschaft hat, die Erfüllung aber durch eine äußere Ursache verhindert wird; l. 20 §§ 3 und 4, l. 19, l. 3 pr. §§ 8, 10 u. 11, l. 4 §§ 2 u. 5, l. 5 pr., l. 28 pr. D. 40, 7.

Der dritte Fall der fingirten Erfüllung, welcher den Character eines auf der bloßen Begünstigung der Freiheit beruhenden jus singulare an sich trägt, [2]) ist aus dem heutigen gemeinen Rechte verschwunden.

Das preuß. L.-R. kennt nur den zweiten Fall, doch auch diesen nur mit Modificationen (cf. §§ 104—107, I, 4. L.-R.), [3]) den ersten Fall hat es ausdrücklich reprobirt. §§ 112 und 113, I, 4. L.-R.

4) Wirkung der Bedingungen.

A. Der Suspensiv-Bedingungen.

Das unter einer Suspensiv-Bedingung stehende Rechtsverhältniß kann in drei verschiedenen Zuständen gedacht werden:

1) In dem Zustande der Unentschiedenheit (conditio pendet, d. i. der Eintritt der Bedingung ist noch fraglich). Während dieses Zustandes darf zwar der bedingungsweise Berechtigte das Recht nicht ausüben; dagegen darf aber auch der bedingt Verpflichtete nichts vornehmen, was dem Andern nachtheilig werden könnte; [4]) l. 161 D. 50, 17; l. 50 D. 18, 1; §§ 102 u. 103, I, 4; § 239, I, 5; § 369, I, 9; § 258, I, 11. L.-R.

Der bedingt Berechtigte kann pendente conditione nach röm. Recht dann Cautionsbestellung verlangen, wenn sein Recht

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3, p. 140 sq.; daß gerade vorsätzliche Verhinderung erforderlich sei, wird von Vielen bestritten. So ist unter Andern Koch, Recht der Forderungen Bd. 2, p. 221. der Ansicht, daß auch die nicht vorsätzliche Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch den, cujus interest, conditionem non impleri, genüge, um die Bedingung als erfüllt anzusehen. Vergleiche jedoch l. 38 D. 40, 7.

[2]) v. Savigny System Bd. 3, p. 142. Andre Meinungen siehe bei v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 353 und 354, Nr. 42.

[3]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2, p. 222 sq.

[4]) Eine Modification dieses Satzes enthalten die §§ 109 und 110, I, 4. L.-R.

Digitized by Google

gefährdet erscheint, oder — wie bei Fideicommissen — die Caution besonders von den Gesetzen vorgeschrieben ist; [1]) nach preuß. Recht nur dann, wenn Umstände vorliegen, die ein Arrestgesuch begründen würden; §§ 5 und 180, I, 14. L.-R. Cf. auch § 122, I, 4 und § 14, I, 20. L.-R. [2])

2) In dem Zustande der Gewißheit insofern, als das Ereigniß wirklich eingetreten ist (conditio existit. cond. impleta oder expleta est; die Bedingung ist erfüllt). Die erfüllte Bedingung begründet das Rechtsverhältniß gerade so, wie wenn es ein unbedingtes gewesen wäre und zwar erstreckt sich nach röm. Recht diese Wirkung in der Regel auch rückwärts auf die Zwischenzeit zwischen dem eingegangenen Rechtsgeschäft oder dem Tode des Testators und der erfüllten Bedingung (retrotrahitur impleta conditio ad conventionis diem); [3]) nach preuß. Recht ist diese Wirkung jedoch nur auf die Zukunft von dem Augenblicke der Erfüllung an zu beziehen; §§ 258 und 259, I, 11. L.-R.

Ausnahmsfälle, in denen nach römischem Recht die Wirkung nicht rückwärts sich erstreckt:

a. Wenn die Existenz der Bedingung von der Willkühr des Schuldners abhängt, l. 4 D. 20, 3; l. 9 § 1, l. 11 pr. § 2 D. 20, 4; weil der Schuldner, der die Entstehung des ganzen Rechts seines Gegners verhindern kann, auch dauernd wirksame Beschränkungen desselben muß hervorbringen können. [4])

b. Bei bedingten Legaten sind zwar mit dem Eintritt der Bedingung alle Veräußerungen der Zwischenzeit vernichtet; l. 11 § 1 D. 8, 6; l. 105 D. 35, 1; l. 3 § 3 C. 6, 43; doch verbleibt der Fruchtgenuß der Zwischenzeit dem Erben; l. 15 § 6, l. 24 § 1, l. 88 § 3 D. 35, 2; l. 18 pr., l. 33, l. 57 pr. D. 36, 1; weil angenommen wird, daß der Testator die Bedingung zugleich als Zeitbestimmung gedacht habe; l. 22 pr. D. 36, 2 „. . . per conditionem tempus demonstratur". [5])

Ausnahmsweise erstreckt sich nach preußischem Recht die Wirkung rückwärts bei accessorischen Rechten (wie z. B. Pfand-

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 108. v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 352, Nr. 37.

[2]) Vorschriften, welche direct die Frage betreffen, ob und wann bei Suspensiv-Bedingungen Cautionsbestellung gefordert werden kann, enthält das L.-R. nicht.

[3]) Sobald bei einer bedingungsweise tradirten Sache die Bedingung erfüllt wird, sind daher alle Veräußerungen der Zwischenzeit vernichtet. Streitig dagegen ist es, ob die Früchte, welche in der Zwischenzeit entstanden sind, mit der Sache selbst herausgegeben werden müssen. Consequenterweise ist die Frage im Allgemeinen zu bejahen. v. Savigny System Bd. 3, p. 150 und 151.

[4]) v. Savigny a. a. O. p. 151 u. 152. v. Bangerow Pand. Bd. 1 p. 167.

[5]) v. Savigny a. a. O. p. 153.

Digitized by Google

recht und Hypothek); diese gelten von Anfang, nicht erst von Eintritt der Bedingung an. § 13, I, 20. L.-R. [1])

Geht der Gegenstand vor Eintritt der Suspensiv-Bedingung durch Zufall unter, so ist das Geschäft nach röm. und preuß. Recht ungültig, das periculum deteriorationis aber fällt dem Promissar zur Last; l. 8 pr. D. 18, 6; [2]) §§ 529 und 530, I, 11. L.-R. [3])

3) In dem Zustande der Gewißheit insofern, als das Ereigniß nicht eingetreten ist (deficit conditio, die Bedingung ist vereitelt). Die Erwartung eines Rechtsverhältnisses wird dadurch vernichtet. Die erfüllte Bedingung gilt nach preuß. Recht vermöge einer Fiction für vereitelt, wenn der bedingt Berechtigte den Eintritt der conditio casualis selbst veranlaßt hat. § 104, I, 4. L.-R.

B. Der Resolutiv-Bedingungen.

Das unter einer Resolutiv-Bedingung stehende Rechtsverhältniß gilt pendente conditione einem unbedingten völlig gleich. l. 2 pr. § 1, l. 4 § 3 D. 18, 2; l. 2 § 4 und 5 D. 41, 4. §§ 114 und 115, I, 4. L.-R. Der Eintritt der Bedingung löst das Rechtsverhältniß nach röm. Recht immer ex tunc — d. i. dergestalt, als wenn es nie vorhanden gewesen wäre; l. 41 pr. D. 6, 1; l. 4 § 3 D. 18, 2; l. 3 D. 20, 6; nach preuß. Recht in der Regel ex nunc, d. i. von dem Augenblicke an, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt. §§ 115, 116, 118, I, 4. L.-R. Das Eigenthum kehrt daher nach röm. Recht von selbst zurück, während es nach preuß. Recht einer neuen Tradition bedarf; § 262, I, 11. L.-R.; ferner muß der unter einer Resolutiv-Bedingung Berechtigte die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen nach röm. Recht herausgeben, [4]) während er sie nach preuß. Recht behält. § 116, I, 4. L.-R. Ausnahmsweise wird nach preuß. Recht das Geschäft durch den Eintritt der Resolutiv-Bedingung nur in drei Fällen ex tunc gelöst: a. wenn aus den Umständen erhellt, daß das Recht beim Eintritt der Bedingung als ungültig von der Zeit der Einräumung an hat angesehen werden sollen. § 116, I, 4. L.-R.; b. im Falle des § 633, I, 11. L.-R. und c. im Falle des § 739, II, 18. L.-R.; doch ist in diesem letzten Falle die Rückwirkung nur eine beschränkte. Zwei Bedingun-

---

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 1, § 119.
[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 352, Nr. 36.
[3]) Koch Lehrbuch Bd. 1, § 119. Dessen frühere Meinung siehe Recht der Forderungen Bd. 2, p. 229.
[4]) v. Savigny System Bd. 3, p. 154.

Digitized by Google

gen resolviren aber nach preuß. Recht immer nur ex nunc: 1) die in der Person des künftig Berechtigten beruhende Potestativ-Bedingung, § 118, I, 4. L.-R. und 2) die Bedingung, daß der unter einer Resolutiv-Bedingung Berechtigte den verwittweten Stand nicht ändere. § 120, I, 4. L.-R. — Einem Wegfall der Resolutiv-Bedingung steht es nach preuß. Rechte gleich, wenn der, welchem nach Eintritt der Resolutiv-Bedingung das Recht zufallen soll, das Eintreten des zufälligen Ereignisses hervorbringt, oder denjenigen, auf dessen freie Handlung die Bedingung gestellt ist, durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel zur Vornahme der Handlung veranlaßt. §§ 117 in Verb. mit § 104, § 119, I, 4. L.-R.

Wenn es zweifelhaft ist, ob man eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung gemeint habe, so spricht nach röm. und preuß. Recht die Vermuthung bei geschehener Erfüllung für eine auflösende, sonst aber für eine aufschiebende Bedingung; l. 7 § 3, l. 8 D. 23, 3; l. 1 § 2 D. 41, 9; §§ 263, 266, 274, 333, I, 11. L.-R. [1]) Ist ein Kauf unter der Bedingung geschlossen, daß derselbe erst dann, wenn sich binnen einer bestimmten Zeit kein besserer Käufer findet, gültig sein soll („ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur"), so ist die Abrede für eine aufschiebende Bedingung zu achten; hat sich aber der Verkäufer den Rücktritt vorbehalten, wenn binnen einer gewissen Zeit ein besserer Käufer sich melden sollte („si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur"), so ist es eine auflösende Bedingung („pura emtio quae sub conditione resolvitur"). §§ 272 und 273, I, 11. L.-R. l. 2 pr. D. 18, 2 (Ulpianus). Vergl. dagegen l. 2 § 4 D. 41, 4 (Paulus); hier wird nicht in der angegebenen Weise distinguirt, sondern die in diem addictio schlechthin für ein neg. purum, quod sub conditione resolvitur, erklärt. Hiernach nehmen Manche an, daß im röm. Recht die Vermuthung in der Regel zunächst für die Resolutiv-Bedingung streite. Dieser Annahme stehen jedoch die oben allegirten Gesetzesstellen entgegen.

5) Von den Geschäften, welchen keine Bedingungen beigefügt werden dürfen.

Nach röm. Recht ist die Beifügung einer Bedingung unzuläßig a. bei der acceptilatio, b. der hereditatis aditio, c. der servi optio, d. der datio tutoris. l. 77 D. 50, 17. e. der Schließung einer Ehe. Auch kann eine Real-Dienstbarkeit nicht

[1]) Koch Recht der Forderungen Bd. 2, p. 210 und 211.

Digitized by Google

unter Bedingung constituirt werden; ebenso darf die Enterbung keine bedingte sein; l. 3 § 1 D. 28, 2; Resolutiv-Bedingungen finden insbesondere nicht statt bei Erbeinsetzungen nach der dem preuß. Recht unbekannten Rechtsregel: semel heres semper heres; l. 88 in fin. D. 28, 5. [1])

Das preuß. Recht erklärt die Hinzufügung einer Bedingung namentlich in folgenden Fällen für unzulässig: a. beim Erbschaftsantritt § 394, I, 9. L.-R.; b. bei Eingehung der Ehe, doch nicht bei Ehegelöbnissen § 95, II, 1. L.-R. Die Ernennung eines Vormundes durch den Vater des Mündels kann unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung erfolgen. §§ 126 u. 127, II, 18. L.-R.

6) Von uneigentlichen Bedingungen.

A. Nothwendige (cond. necessariae).

Wenn das Bestehen eines Rechtsverhältnisses davon abhängig gemacht wird, daß etwas Nothwendiges eintrete oder etwas Unmögliches unterbleibe, so wird die Bedingung eine nothwendige (positive oder negative) genannt. Der Grund der Nothwendigkeit kann in einem Naturgesetz liegen (z. B. „wenn ich jemals sterben sollte"; „wenn Titius unterläßt, den Mond zu ersteigen" — physisch nothwendige Bedingung) oder in einer Rechtsregel (z. B. „wenn Titius überhaupt rechtsfähig sein sollte"; „wenn Titius unterläßt, vor seiner Mündigkeit ein gültiges Testament zu machen" — juristisch nothwendige Bedingung). — Dergleichen nothwendige Bedingungen sind nach röm. wie nach preuß. Recht gar nicht als Bedingungen zu betrachten, vielmehr gilt das Rechtsgeschäft, dem sie hinzugefügt sind, als ein unbedingtes; l. 9 § 1 D. 46, 2; § 126 u. § 130, I, 4. L.-R. Nothwendige affirmative Bedingungen betrachtet das L.-R. als Zeitbestimmung. § 127, I, 4. L.-R.

B. Unmögliche Bedingungen.

Die Unmöglichkeit kann ebenso wie die Nothwendigkeit ihren Grund entweder in einem Naturgesetz oder in einer Rechtsregel haben (physisch und juristisch unmögliche Bedingung) und positiv oder negativ gefaßt sein; z. B. „wenn Titius den Mond ersteigt" (affirmativ-unmögliche Bedingung); oder „wenn Titius

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1, p. 349, Nr. 28.

Digitized by Google

niemals sterben sollte" (negativ-unmögliche Bedingung).[1]) — Das Wesen der unmöglichen Bedingung besteht also darin, daß das Dasein eines Rechtsverhältnisses von dem Eintreten eines unmöglichen oder Nichteintreten eines nothwendigen Ereignisses abhängig gemacht wird. Eine unmögliche (Suspensiv-) Bedingung[2]) macht nach preuß. Recht sowohl Verträge als auch letztwillige Verordnungen, auf welche sie sich bezieht, ungültig; §§ 128, 131, I, 4; § 504, I, 12. L.-R.; nach röm. Recht hat sie bei Verträgen dieselbe Wirkung; § 11 J. 3, 19; l. 7, l. 137 § 6 D. 45, 1; bei testamentarischen Verfügungen gilt sie als nicht hinzugefügt (pro non scripta), d. h. die Verfügung des Testators wird als eine unbedingte angesehen; § 10 J. 2, 14; l. 3, l. 6 § 1 D. 35, 1.[3]) Ist die Bedingung theilweise möglich, theilweise unmöglich, so gilt der unmögliche Theil als nicht geschrieben, der mögliche besteht als gültige Bedingung; l. 45 D. 28, 5; l. 6 § 1 D. 35, 1.[4])

Die aufgestellten Regeln über die Wirkungen einer unmöglichen Bedingung gelten nicht nur bei solchen Ereignissen, die nach Naturgesetzen an sich nicht vorkommen können, sondern auch bei denen, deren Eintritt durch zufällige Umstände ausgeschlossen wird, während er unter andern Umständen möglich sein würde. l. 45 D. 28, 5; l. 6 § 1, l. 72 § 7 D. 35, 1; § 129, I, 4. L.-R. Auch diejenigen Ereignisse stehen den unmöglichen gleich, deren Bewirkung nach allen gewöhnlichen Verhältnissen zwischen Mittel und Erfolg für unerreichbar gelten muß, und die man — wie v. Savigny vorschlägt[5]) — unerschwingliche Bedingungen nennen könnte. l. 6 D. 28, 7; l. 4 § 1 D. 40, 7; § 129, I, 4. L.-R.

Nur diejenige Unmöglichkeit aber kann als solche gelten, welche eine bleibende Natur hat, also nicht von dem Wechsel der Zeit und der Umstände abhängt.[6]) Wenn daher ein Ereigniß,

---

[1]) Die negativ-unmögliche Bedingung ist also nicht etwa darauf gerichtet, daß etwas Unmögliches nicht geschehe. Dies würde eine nothwendige negative Bedingung sein. Beide sind mit einander nicht zu verwechseln.

[2]) Bei einer unmöglichen Resolutiv-Bedingung gilt das Geschäft natürlich als unbedingt. v. Bangerow Pandecten Bd. 1 Abth. 1 p. 155.

[3]) Nach älterem röm. Recht war dieser Satz controvers. Die Proculejaner nahmen an, die unmögliche Bedingung mache auch die letztwillige Verordnung ungültig; die Sabinianer dagegen sahen dieselbe als nicht geschrieben an und diese Meinung der Sabinianer ist in das justin. Recht aufgenommen. v. Savigny System Bd. 3, p. 162.

[4]) v. Savigny System Bd. 3, p. 164.

[5]) Derselbe a. a. O. p. 165.

[6]) Derselbe a. a. O. p. 166.

Digitized by Google

welches damals, als es zur Bedingung gemacht wurde, möglich war, später unmöglich wird, so kann man nur sagen, die Bedingung sei ausgefallen (conditio deficit), nicht aber: das Geschäft sei an eine unmögliche Bedingung geknüpft; l. 94 pr. D. 35, 1; l. 19, l. 20 § 3 D. 40, 7; § 504 u. 506, I, 12. L.-R. [1]) Ebenso wird die zur Zeit des Rechtsgeschäfts unmögliche Bedingung, wenn die Unmöglichkeit eine veränderliche Natur hat, als wahre und gültige Bedingung behandelt; l. 58 D. 35, 1; cf. §§ 58, 60, I, 5. L.-R.; wird die Unmöglichkeit nicht gehoben, so gilt die Bedingung als ausgefallen. [2])

Zu den unmöglichen Bedingungen sind die conditiones perplexae, solche, welche einen innern Widerspruch enthalten, z. B. „si Titius heres erit, Sejus heres esto" zu rechnen. Sie machen nach beiden Rechten das Geschäft ungültig, mag es ein neg. inter vivos oder neg. mortis causa sein; l. 16 D. 28, 7; l. 188 D. 50, 17; § 132, I, 4; § 64, I, 12. L.-R. [3])

3) Unerlaubte Bedingungen [4])

Man versteht darunter Bedingungen, welche den Rechts- oder Sittengesetzen widersprechen. Nach röm. wie nach preuß. Recht machen sie den Vertrag, auf welchen sie sich beziehen ungültig; l. 123 D. 45, 1; § 136, I, 4; §§ 227 und 228, I, 5. L.-R. bei negotiis mortis causa aber werden sie als nicht geschrieben angesehen; l. 9 D. 28, 7: l. 14 D. h. t.; § 136, I, 4; § 63, I, 12. L.-R. Ob eine Bedingung unerlaubt sei oder nicht, kann in jedem einzelnen Fall immer nur danach beurtheilt werden, ob durch ihre Wirksamkeit das Schlechte befördert werden würde, oder nicht. [5]) So kann z. B. die Bedingung: „wenn ich eine gewisse unsittliche Handlung begehe" bald erlaubt, bald unerlaubt

---

[1]) Eine Modification enthält § 505, I, 12. L.-R. „War die Erfüllung der Bedingung an sich zwar möglich, aber dem Erben oder Legatar noch bei der Lebenszeit des Erblassers unmöglich, und dieses dem Erblasser bekannt geworden, so wird, wenn er in seiner Verordnung nichts geändert hat, die Bedingung für erlassen geachtet."

[2]) Würden dergleichen unmögliche Bedingungen, bei welchen die Unmöglichkeit eine veränderliche Natur hat, nicht als wahre Bedingungen behandelt, so würden sie, wenn die Unmöglichkeit nicht gehoben worden, nach röm. Recht bei Erbeinsetzungen pro non scriptis gelten, während sie — als wahre Bedingungen betrachtet — die Erbeinsetzung in diesem Falle entkräften. —

[3]) v. Savigny Theorie Bd. 3 p. 159 und p. 163, Note m. Koch Lehrbuch Bd. 1 § 120.

[4]) Gegen die Gleichstellung oder vielmehr Vermengung der unerlaubten und der unmöglichen Bedingungen erklärt sich v. Savigny System Bd. 3 p. 170 sq.

[5]) v. Savigny System Bd. 3 p. 172.

Digitized by Google

sein. Erlaubt und daher wirksam ist sie in dem Falle, wo ich eine Conventionalstrafe verspreche, wenn ich eine unsittliche Handlung begehen werde; denn hier wird durch die Bedingung geradezu dem Schlechten entgegengearbeitet; unerlaubt dagegen ist dieselbe dann, wenn ich mir Geld versprechen lasse unter der Bedingung, daß ich eine unsittliche Handlung begehe. —

Bisweilen kann eine an sich erlaubte und völlig sittliche Handlung dadurch einen unsittlichen Charakter annehmen, daß sie eben zur Bedingung eines Rechtsverhältnißes gemacht wird. Dergleichen unerlaubte Bedingungen sind z. B.

a. nach röm. Recht die Bedingung der gänzlichen Eheloſigkeit; l. 22, l. 63 § 1, l. 72 § 5 D. 35, 1; nach preuß. Recht schon die Bedingung, wodurch eine Mannsperson über das 30. und eine Frauensperson über das 25. Lebensjahr hinaus zur Eheloſigkeit verpflichtet werden soll; § 10, I, 4. L.-R. [1]) Hierbei ist nach preuß. Recht fraglich, welche Wirkung eine solche Bedingung hat, wodurch Jemand zur Eheloſigkeit über das 30. resp. 25. Jahr hinaus verpflichtet werden soll? Ist sie einem Vertrage beigefügt, so macht sie denselben nichtig; ist sie dagegen einem Testamente beigefügt, so verpflichtet sie den Erben oder Legatar zur Eheloſigkeit bis zum 30., resp. 25. Lebensjahre; ist also theilweise wirksam, theilweise pro non scripta zu achten und zwar nach dem Grundsatze: „utile per inutile non vitiatur.“ —

b. Ob die auf Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses gerichtete Bedingung unerlaubt sei, ist unter den gemeinrechtlichen Juristen streitig. [2]) Nach preuß. Recht hält man sie wegen § 9, I, 4. L.-R. für unzuläſſig.

Andere Beispiele siehe in v. Savigny Bd. 3 p. 180 sq.

Von der Zweckbestimmung (modus). [3])

Unter Modus versteht man die einem Rechtsgeschäft beigefügte Neben-Bestimmung über die Art der Verwendung des Ge-

---

[1]) Es versteht sich von selbst, daß die Bedingung der Eheloſigkeit über das 30. resp. 25. Lebensjahr hinaus nur dann als unerlaubt anzusehen ist, wenn durch dieselbe derjenige, dessen Recht von der Erfüllung der Bedingung abhängig gemacht wird, zur Eheloſigkeit über das gedachte Alter hinaus verpflichtet werden soll. Es ist daher völlig erlaubt, daß A. dem B. 1000 Thaler unter der Bedingung legirt, daß der bei dem Legate gar nicht interessirte C. sich niemals verheirathet; denn eine solche Bedingung kann ja gar nicht darauf berechnet sein, den C. zur Eheloſigkeit zu verpflichten.

[2]) Cf. v. Savigny, welcher die Frage bejaht, System Bd. 3 p. 184 u. 185; v. Vangerow, welcher die Frage verneint, Pandecten Th. I. p. 110.

[3]) v. Savigny schlägt statt des Wortes „Zweck“ als deutschen Ausdruck „Verwendung“ vor. System Bd. 3 p. 230.

Digitized by Google

genstandes. [1]) Je nachdem er zum alleinigen Vortheil des damit Beschwerten gereicht, oder auf den Vortheil eines Andern abzielt, wird er modus simplex oder m. qualificatus genannt.

Der Modus kann nach röm. und preuß. Recht sowohl bei wohlthätigen, als auch bei lästigen Verträgen vorkommen; l. 58 § 2 D. 19, 2; l. 41 pr. D. 18, 1; — § 226, I, 5. L.-R.; [2]) so ist z. B. der Verkauf eines Gartens mit der Bestimmung, daß der Käufer den Garten dem Publicum öffnen solle, ein Kauf sub modo. [3])

Die Erfüllung des Modus muß nach beiden Rechten innerhalb der bestimmten Zeit geschehen; ist keine Zeit bestimmt, so kann das sub modo Gegebene so lange nicht zurückgefordert werden, als die Erfüllung noch möglich ist, oder bis der, welchem die Erfüllung obliegt, wenn er dazu angehalten werden soll, dieselbe verweigert; l. 21 § 3 D. 33, 1; §§ 156 und 158, I, 4. L.-R.

Der Modus gilt nach beiden Rechten für erfüllt, wenn derjenige, welcher ihn gesetzt hat, die Erfüllung selber verhindert; [4]) wird die Erfüllung des Modus durch irgend einen Zufall vereitelt, oder ist sie an sich schon unmöglich, so gilt nach röm. Recht bei letztwilligen Verordnungen sowie bei Schenkungen der Modus ebenfalls für erfüllt oder nicht hinzugefügt; l. 8 § 7 D. 28, 7; l. 1 C. 6, 45; l. 8 C. 4, 6; [5]) quoties per eum, in quem collata est liberalitas, non stat, quominus impleatur modus utique pro eo est, quasi sit impletus [6]); doch muß bei letztwilligen Verordnungen, wenn nur die vorgeschriebene Art der Ausführung unmöglich geworden, die Erfüllung per aequipollens

---

[1]) Cf. l. 19 D. 32; l. 17 § 4 D. 35, 1; l. 41 pr. D. 18, 1. Das L.-R. definirt den Modus nicht. In einem weitern Sinne heißt modus irgend eine Modification des Geschäfts; so z. B. l. 44 § 3 D. 44, 7. v. Savigny System Bd. 3 p. 229. Puchta Pandecten § 63; Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 243 sq.

[2]) Hierüber herrscht sowohl nach röm. als auch nach preuß. Recht Streit Nach v. Savigny a. a. O. kommt der Modus im röm. Recht als etwas Besonderes nur in Betracht bei letztwilligen Verordnungen und Schenkungen; nach Bornemann (preuß. Civilrecht Bd. 1 p. 173 sq.) ist der Modus bei lästigen Verträgen im preuß. Recht immer als Gegenleistung anzusehen und zu behandeln.

[3]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 244. Vergl. auch Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 111.

[4]) Diesem Grundsatze steht § 203, I, 16 L.-R. nicht entgegen, da dieser § sich nicht auf den Modus bei Verträgen oder letztwilligen Verordnungen bezieht. Koch Lehrbuch Bd. 1 § 263 Note 6. Cf. auch pag. 196. dieses Buchs.

[5]) v. Savigny System Bd. 3 p. 235; Bd. 4 p. 282.

[6]) Cf. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 379 Nr. 7 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

Digitized by Google

erfolgen; l. 16. D. 33, 2; l. 4 D. 50, 8. [1]) Aehnlich verhält es sich nach preuß. Recht bei letztwilligen Verordnungen. Wird die Erfüllung des Zwecks ohne Schuld des Erben oder Legatars unmöglich, so muß der Vortheil zu einer andern Bestimmung, welche der aus der Verordnung oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten kommt, verwendet werden. Kann auch dies nach den Umständen nicht geschehen, so behält der Erbe oder Legatar dennoch den ihm zugedachten Vortheil, d. h. der Modus gilt für erfüllt. §§ 511 und 512, I, 12. L.-R. Dagegen muß bei Verträgen der Modus nach preuß. Recht schlechthin erfüllt werden; der Begünstigte verliert also den Vortheil bei eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung; ist jedoch der Modus durch etwas Aehnliches erfüllt worden und hat der Erklärende sich dabei wissentlich ein Jahr hindurch beruhigt, so können dessen Erben die Art der Erfüllung nicht anfechten; insofern genügt also ebenfalls die Erfüllung per aequipollens, während sie im Allgemeinen unstatthaft ist. §§ 157—159, I, 4. L.-R. [2])

Ist der Modus ein unerlaubter oder unsittlicher, so gilt er nach röm. und preuß. Recht bei letztwilligen Verordnungen für nicht hinzugefügt (pro non adjecto); l. 7 in fin. D. 33, 1; l. 113 § 5 D. 30; § 63, I, 12. L.-R.; bei Verträgen braucht er zwar ebenfalls nicht erfüllt zu werden; doch findet in vielen Fällen eine Rückforderung des sub modo Gegebenen statt; l. 3—7 C. 4, 7; cf. §§ 1070 und 1071, I, 11. L.-R.; §§ 206 und 207, I, 16. L.-R. Cf. auch § 714, I, 11. L.-R.

Nach röm. Recht kann der den Modus Setzende und seine Erben auf Erfüllung des Modus oder auf Rückgabe des Empfangenen klagen; in manchen Fällen schreitet die Obrigkeit ex officio ein. [3]) Die Erfüllung kann bei der donatio sub modo mittelst einer actio praescriptis verbis gefordert werden; zur Rückforderung hat der Geber eine condictio ob causam datorum; l. 3, l. 8 C. 4, 6.

Besteht der Modus darin, daß einem Dritten etwas zukomme, so behandelt das neueste röm. Recht den Modus bei

---

[1]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 245.

[2]) Vergl. Koch a. a. O. p. 248.

[3]) Die Einzelheiten siehe bei v. Savigny System Bd. 3 p. 233 u. 234, Bd. 4 p. 280—283. Puchta Pandecten § 63. Mühlenbruch Pandecten Th. I. § 111; v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 380 Nr. 11; Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 252. Uebrigens ist es nach gem. Recht streitig, ob zuerst der richterliche Zwang auf Erfüllung des Modus versucht, also auf Erfüllung geklagt werden müsse, ehe das Gegebene zurückgefordert werden kann, oder ob die Wahl zwischen dem Einen und dem Andern freistehe. Ersteres behauptet u. A. Thibaut System § 102.

Digitized by Google

letztwilligen Dispositionen als Vermächtniß (l. 2. C. 6, 45) und ebenso giebt es bei Schenkungen dem Dritten eine Klage (utilis actio) auf Erfüllung (nicht aber auf Rückgabe). l. 3 C. 8, 55. [1]) Nach preuß. Rechte steht dem Interessenten niemals eine Klage auf Erfüllung des Modus, sondern immer nur die Rückforderung des Gegebenen zu; [2]) § 158, I, 4. L.-R. Daher hat auch der Dritte, zu dessen Gunsten der Modus beigefügt worden, gar keine Klage; [3]) nur in Einem Falle gilt eine Ausnahme: wenn zum gemeinen Besten ein Zweck hinzugefügt worden, so soll der Staat auf dessen Erfüllung zu dringen berechtigt sein; § 514, I, 12. L.-R.

Nach röm. Recht braucht der modus simplex nicht erfüllt zu werden; [4]) l. 71 pr. D. 35, 1; l. 13 § 2 D. 24, 1; das preuß. L.-R. dagegen verordnet, daß auch er erfüllt werden muß; §§ 152 u. 153, I, 4; §§ 509 u. 510, I, 12. L.-R.

Der Modus suspendirt das Dasein des unter einem Modus gegebenen Rechts nicht; l. 41 pr. D. 18, 1; l. 80 D. 35, 1; l. 17 § 2 D. 40, 4; § 153, I, 4 L.-R.; wird er nicht erfüllt, und kann er auch nicht für erfüllt oder pro non adjecto erachtet werden, so müssen nach röm. Recht mit dem Empfangenen auch die gezogenen Nutzungen desselben restituirt werden; l. 7 § 1, l. 12 D. 12, 4. [5])

Etwas hiervon Abweichendes verordnet anscheinend das preuß. Recht. Die §§ 154 u. 155, I, 4 L.-R. bestimmen nämlich: „Er (der Berechtigte) verliert aber das Recht wieder, wenn der Zweck nicht erfüllt wird. Es findet also bei dem Zwecke alles das statt, was in Ansehung der auflösenden Bedingungen § 114 sq. verordnet ist.“ Da nun Resolutiv-Bedingungen nach § 115 h. t. in der Regel nur ex tunc resolviren, die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen also nicht herausgegeben zu werden brauchen, so würde auch der sub modo Berechtigte die Früchte behalten. Unter den in § 155 allegirten Gesetzesstellen verordnet jedoch

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 236 u. 237 u. Bd. 4 p. 284 u. 285.

[2]) Dies ist ein wichtiger Unterschied zwischen Modus und Gegenleistung.

[3]) Bei letztwilligen Verordnungen freilich wird ein solcher Modus auch nach preuß. Recht häufig als Legat anzusehen und zu behandeln sein, so daß also der durch den Modus begünstigte Dritte dann allerdings ein Klagerecht hat.

[4]) Doch ist dies unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig. Cf. Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 244 u. 245. Nach v. Savigny (System Bd. 3 p. 232) gilt der modus simplex in der Regel für einen bloßen guten Rath; eine Verpflichtung zur Erfüllung sei dann nur unter solchen Umständen anzunehmen, welche die darauf gerichtete Absicht des Gebers besonders wahrscheinlich machen. Cf. l. 2 § 7 D. 39, 5.

[5]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 461 Nr. 2. Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 251.

Digitized by Google

§ 116: „Erhellet aber aus den Umständen, daß das Recht beim Eintritt der Bedingung als ungültig von der Zeit der Einräumung an habe angesehen werden sollen, so müssen auch die bisher gezogenen Nutzungen wieder herausgegeben werden." — Dies erhellt bei dem Modus immer, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden ist, und so gelangt man dahin, daß auch nach preuß. Recht der sub modo Berechtigte bei nicht erfülltem Modus Alles — auch die gezogenen Nutzungen — restituiren muß. [1])

Ueber die Rückgabe dessen, was „außer dem Falle eines Vertrages in Rücksicht eines durch den Empfänger zu erfüllenden Zwecks gegeben worden," enthalten die §§ 200—204, I, 16. L.-R. abweichende Grundsätze. Diese §§ gehen, wie Koch [2]) überzeugend nachweist, auf die datio ob causam.

Der Modus unterscheidet sich, wie wir gesehen haben, von der Suspensiv-Bedingung nach beiden Rechten zunächst dadurch, daß er das Dasein des Rechtsverhältnisses nicht suspendirt. Ferner kann nach beiden Rechten die Bedingung casualis sein, der Modus aber erfordert eine Handlung des Berechtigten. Nach röm. Recht bestehen auch noch folgende Unterschiede:

a. auf Erfüllung des Modus kann geklagt werden, auf Erfüllung der Bedingung nicht;

b. wenn bloß der sub modo oder bedingungsweise Berechtigte ein Interesse bei der Erfüllung hat, fällt der Modus weg, nicht aber die Bedingung;

c. der Modus, nicht aber die Bedingung gilt allemal für erfüllt, wenn die Erfüllung durch Zufall unmöglich geworden. [3])

Mit der Resolutiv-Bedingung hat der Modus die Aehnlichkeit, daß das Geschäft bei beiden sogleich als unbedingt (purum) erscheint. Dagegen bestehen zwischen beiden hauptsächlich folgende Verschiedenheiten:

a. nach beiden Rechten kann die Resolutiv-Bedingung casualis sein, der Modus aber erfordert eine Handlung (Verwendung).

b. nach preuß. Recht resolvirt die auflösende Bedingung in d. Reg. ex nunc, der Modus ex tunc.

c. nach röm. Recht gelten die ad a bis c. angegebenen Unterschiede zwischen der Suspensiv-Bedingung und dem Modus auch zwischen dem Modus und der Resolutiv-Bedingung.

---

[1]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 250 u. 251. Andrer Meinung ist Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 1 p. 173.

[2]) Recht der Ford. Bd. 2 p. 248 u. 249. Vergl. auch Lehrbuch Bd. 1 §§ 123 u. 124.

[3]) Koch Recht der Ford. Bd. 2. p. 253. v. Savigny System Bd. 3. p. 231.

Digitized by Google

Wenn es zweifelhaft ist, ob eine conditio oder ein modus von dem Erklärenden beabsichtigt worden, so spricht nach röm. und preuß. Recht die Vermuthung für den Modus als die geringere Einschränkung; l. 9 D. 50, 17; [1]) cf. § 152, I, 4 und § 488, I, 12. L.-R., welche jedoch nur spezielle Anwendungen dieses Satzes sind. [2])

Der Modus kann auch mit einer eigentlichen Bedingung vermischt vorkommen (modus mixtus). Alsdann greifen die Regeln über Bedingungen Platz.

Nicht zu verwechseln mit einem Modus ist der bloße gute Rath, bei welchem der Erklärende gar nicht die Absicht hatte, den Andern zu verpflichten. [3]) § 516, I, 12 L.-R.

Von Zeitbestimmungen.

Dies bezeichnet hier den Ausdruck einer zeitlichen Begrenzung der Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses. Je nachdem die Zeitbegrenzung an den Anfang oder das Ende des Rechtsverhältnisses gelegt wird, unterscheidet man einen dies a quo und einen dies ad quem. In den Quellen heißt dieses Verhältniß im ersten Fall in diem oder ex die gegeben; § 2 Inst. 3, 15; l. 56 D. 12, 6; im zweiten Fall ad diem; l. 34 D. 28, 5. Ferner unterscheidet man

1) einen dies certus für die quaestio an, certus für quando (z. B. am 8. Juni 1852),
2) einen dies certus für die quaestio an, incertus für quando (z. B. an seinem Todestage),
3) einen dies incertus für die quaestio an, certus für quando (z. B. an seinem 40sten Geburtstage),
4) einen dies incertus für die quaestio an, incertus für quando (z. B. an seinem Hochzeitstage).

Der dies incertus für die quaestio an und quando gehört gar nicht unter die Zeitbestimmungen; er ist vielmehr nach röm. und preuß. Recht stets eine wahre Bedingung; l. 21 pr. D. 36, 2; l. 56 D. 12, 6; l. 8 C. 7, 2; § 163, I, 4. L.-R.

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 232; v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 380 Nr. 9.

[2]) Wenn Etwas als Ausstattung vermacht wird, so gilt ein solcher Beisatz nach preuß. Rechte — obiger Regel gemäß — eher für einen Modus als für eine Bedingung; diese Anwendung der Interpretationsregel macht jedoch das röm. Recht bei der dos nicht; l. 4. §. 2 D. 2, 14; l. 21 u. l. 41 §. 1 D. 23, 3.

[3]) v. Savigny System Bd. 3 p. 232.

Digitized by Google

Daſſelbe gilt von dem dies incertus für die quaestio an, certus für quando, (l. 21 pr., l. 22 pr. D. 36, 2; l. 36 § 1 D. 35, 1; l. 49 §§ 2 und 3 D. 30; — §§ 163, 126 u. 127, 100, I, 4. L.-R.) jedoch mit der Ausnahme, daß, wenn aus den Umſtänden ſicher hervorgeht, der Urheber habe dieſe Nebenbeſtimmung lediglich aus Fürſorge für den Berechtigten, alſo zu deſſen Vortheil, und nicht zur Beſchränkung der Rechte deſſelben, gegeben, das Rechtsverhältniß alsdann als ein unbedingtes gilt; [1]) l. 46 D. 36, 1; l. 5 C. 6, 53; l. 18 § 2 D. 34, 1. Der dies certus für die quaestio an, incertus für quando gilt nach röm. Recht nur bei Verträgen als eine eigentliche Zeitbeſtimmung, [2]) bei letztwilligen Verordnungen dagegen als eine wahre Bedingung, d. h. bei der Erbeseinſetzung ſowie bei dem Legat verwandelt ſich ein ſolcher dies in die Bedingung „wenn der eingeſetzte Erbe oder Legatar den Eintritt des Ereigniſſes erleben ſollte." Stirbt der Erbe oder Legatar früher, ſo geht auf ſeine Erben nichts über, l. 1 § 2, l. 79 § 1 D. 35, 1. Nur in dem Fall, daß das Ereigniß von der Art iſt, daß es der Erbe oder Legatar nothwendig erleben muß, gilt jener dies natürlich für eine wahre Zeitbeſtimmung; ſo bei dem Legat auf die Todeszeit des Legatars (cum ipse morietur); denn unter der Todeszeit verſteht man ſtets die letzten Augenblicke des Lebens; l. 18 § 1, l. 61 D. 40, 4; l. 107 § 1 D. 30; dieſe alſo erlebt jeder Menſch gewiß; l. 79 pr. D. 35, 1; l. 4 § 1 D. 36, 2. [3])

Nach preuß. Recht gilt der dies certus für die Frage an, incertus für quando ſtets (alſo ſowohl bei Verträgen wie auch bei letztwilligen Verordnungen) als wahre Zeitbeſtimmung und niemals als Bedingung; §§ 126, 127 u. 164, 165, I, 4. L.-R., was indeſſen nur von geringer praktiſcher Bedeutung iſt, da nach preuß. Recht auch der bedingte Erbe oder Legatar, wenn er vor dem Eintritte der Bedingung ſtirbt, ſein Recht dennoch auf ſeine Erben überträgt. — Der dies certus für die quaestio an und quando iſt nach beiden Rechten ſtets eine eigentliche Zeitbeſtimmung. Dieſe unterſcheidet ſich von der Suspenſiv-Bedingung darin, daß ſie nur die Ausübung des Rechts, nicht das Daſein des Rechtsverhältniſſes ſelbſt, ſuspendirt; l. 21 pr. D. 36, 2; §§ 164 u. 165, I, 4 L.-R. — Unzuläſſig iſt die Hinzufügung eines dies a quo [4]) nach röm. Recht bei der Erbeinſetzung, hier

---

[1]) v. Savigny Syſtem Bd. 3 p. 209.
[2]) Derſelbe a. a. O. p. 214.
[3]) Derſelbe a. a. O. p. 213 u. 214.
[4]) Darunter iſt natürlich nur ein dies certus für die quaestio an

Digitized by Google

gilt er als nicht geschrieben. § 9. Inst. 2, 14; l. 34 D. 28, 5. [1]) Der dies ad quem hat nach röm. und preuß. Recht das Eigenthümliche, daß er sich mit der Natur gewisser Rechtsgeschäfte ebenfalls nicht verträgt und entweder dieselbe verändert (wie z. B. das Precarium; §§ 231 u. 232, I, 21 L.-R. cf. dagegen l. 12 D. 43, 26) oder für gar nicht beigefügt erachtet wird, so z. B. bei der Ehe nach röm. und preuß. Recht, bei der Erbeinsetzung nach röm. Recht. Mit dem Eintritt des dies ad quem hört nach preuß. Recht die Obligatio, welche nur bis zu einem gewissen Tage fortdauern soll, in der Regel ipso jure auf; § 167, I, 4 L.-R. Eine Ausnahme kommt bei Bürgschaften auf eine gewisse Zeit vor; §§ 322—324, I, 14 L.-R. Nach älterm röm. Recht galt bei der Stipulation der Grundsatz: ad tempus obligationem constitui non posse; d. h. die Obligation dauerte trotz des eingetretenen Endtermins fort. [2]) Späterhin half man durch eine doli oder pacti exceptio, so daß die Obligatio zwar ipso jure fortdauerte, ope exceptionis aber unwirksam wurde. [3])

Zum fünften Titel des I. Theils des Allgemeinen Landrechts.

Begriff und Hauptarten der Obligationen.

I. Obligatio bezeichnet ein vermögensrechtliches Verhältniß zwischen zwei bestimmten Personen, in welchem die Eine über eine bestimmte Handlung oder Unterlassung der Andern willkürlich verfügen darf. [4]) Pr. J. 3, 13: „Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei;“ l. 3 pr. D. 44, 7. Dieser Ausdruck wird bisweilen blos auf die erweiterte Freiheit des Gläubigers (Forderungsrecht, Forderung), bisweilen blos auf die eingeschränkte Freiheit des Schuld-

---

und quando zu verstehen; denn jeder andre dies gilt bei Erbeseinsetzungen als Bedingung und ist daher zulässig.

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 211.

[2]) Die Gründe und Bedeutung dieser Eigenthümlichkeit siehe bei v. Savigny System Bd. 3 p. 220 sq.

[3]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 241 u. 242.

[4]) v. Savigny System Bd. 1 p. 339; Obligationenrecht Bd. 1 p. 4 sq. Koch Lehrbuch Bd. 2 § 451 u. 452.

Digitized by Google

ners (Verbindlichkeit) angewendet. [1]) Das preuß. L.-R. spricht da, wo das ganze Verhältniß bezeichnet werden soll, von „Rechten und Pflichten," cf. z. B. §§ 85 u. 92 Einl. z. L.-R., da ein Ausdruck zur Bezeichnung des ganzen Verhältnisses in der deutschen Sprache fehlt. [2])

II. Nach ihrer Wirksamkeit zerfallen die Obligationen 1. in civiles und naturales, [3]) (vollkommene oder klagbare und unvollkommene oder klaglose.) Die klaglose Obligation ist fähig, die Leistung zu bewirken, wenn die thatsächlichen Umstände so beschaffen sind, daß die Erfüllungsklage entbehrt werden kann. [4]) Dies ist nach röm. Recht die positive Seite der Naturalobligation, während ihre negative Seite die ist, daß nicht auf Erfüllung geklagt werden kann. [5]) (Cf. p. 69 sq. dieses Buchs.) — 2. in selbstständige (principales) und accessorische.

III. Nach ihrem Gegenstande zerfallen die Obligationen 1) in dividuae und individuae (theilbare und untheilbare). [6]) Die Bedeutung dieser Eintheilung besteht nicht etwa darin, daß bei den theilbaren Obligationen dem Gläubiger Stückzahlung aufgedrungen werden dürfte, bei den untheilbaren nicht; die wahre Bedeutung ist vielmehr nach röm. Recht in der Regel die, daß, wenn die Obligation theilbar, ein theilweises Erlöschen derselben möglich ist. [7]) 2) in Obligationen, die auf positive und solche, die auf negative Leistungen (ein Unterlassen) gerichtet sind. Erstere können entweder ein Geben oder ein Thun im engern Sinne zum Gegenstande haben. 3) in obligationes certae und incertae, je nachdem die Obligatio ein certum oder incertum zum Gegenstande hat. [8]) Jenes ist der Fall, wenn

---

[1]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 10. „Obligatio" wird auch zur Bezeichnung des Entstehungsgrundes jenes Rechtsverhältnisses gebraucht und bedeutet dann also die obligirende Handlung; l. 1 § 21 D. 27, 3; l. 22 C. 11, 47. Ferner heißt auch die Verpfändung einer Sache „obligatio"; l. 6 D. 20, 1.

[2]) Vergl. Koch Lehrbuch Bd. 2 § 452.

[3]) Diese Eintheilung bezieht sich im röm. Recht auch auf den Ursprung der Obligationen; dann sind civiles die aus dem jus civile und naturales die schon aus dem jus gentium herstammenden. v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 23 u. 24. In einer dritten Bedeutung sind bei den Römern civiles obl. diejenigen, wozu nur röm. Bürger die Rechtsfähigkeit haben, naturales obl. die für alle zugänglichen. v. Savigny a. a. O. p. 28 sq.

[4]) Dieser Satz gilt im preuß. Recht nur mit sehr erheblichen Einschränkungen.

[5]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 34 sq. u. p. 44 sq.

[6]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 303—360.

[7]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 7—16.

[8]) Das L.-R. macht diese Eintheilung nicht.

Digitized by Google

sie auf eine species geht, die in die rechtliche Herrschaft des Gläubigers gebracht werden soll (obl. ad dandum) oder wenn sie auf fungible Sachen gerichtet ist, die der Qualität und Quantität nach vollkommen bestimmt sind. [1]) Zu den oblig. incertae gehören vornämlich die alternativen Obligationen, d. h. diejenigen, welche auf mehrere Objecte gerichtet sind, jedoch so, daß der Schuldner nicht alle zu leisten braucht, sondern durch die Leistung des einen oder des andern Gegenstandes frei wird. [2]) Mit der alternativen Obligation ist nicht zu verwechseln die facultas alternativa, welche dann vorliegt, wenn eine Wandelpön für den Schuldner verabredet ist. Während nämlich bei der obligatio alternativa sämmtliche Objecte in obligatione sind und nur eins in solutione ist, ist bei der facultas alternativa nur das Object des Hauptvertrages in obligatione, die Strafe blos in solutione. [3])

IV. Mit Rücksicht auf die Subjecte der Obligatio spricht man von Correal- und Solidar-Obligationen. Eine Correalobligation ist dann vorhanden, wenn eine und dieselbe Obligation sich ganz, ungetheilt, auf jeden einzelnen der mehreren Gläubiger oder Schuldner bezieht, welche einander in dem obligatorischen Verhältnisse gegenüberstehen. Die Solidar-Obligation (s. g. unächte Correal-Obligation) hat mit der (ächten) Correal-Obligation nur das gemein, daß durch die Befriedigung des Gläubigers durch einen oder mehrere Schuldner auch die Befreiung der Uebrigen herbeigeführt wird, unterscheidet sich jedoch von der (ächten) Correalobligation darin, daß bei der Solidar-Verbindlichkeit so viele verschiedene Obligationen als Schuldner vorhanden sind, während bei der ächten Correalobligation immer nur eine einzige Obligation vorliegt. [4]) Ferner kann das ächte Correal-Verhältniß sowohl activ als passiv vorkommen, das unächte aber immer nur passiv. [5])

V. Nach ihrem Entstehungsgrunde zerfallen die Obligationen in obl. ex contractu, obl. quasi ex contractu, obl. ex delicto und obl. quasi ex delicto. [6])

---

[1]) Puchta Pandecten § 221.

[2]) Koch Lehrbuch Bd. 2 § 455.

[3]) Vergl. v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 341 und Puchta Pandecten § 221.

[4]) Diesen Unterschied zwischen Correal- und bloßen Solidar-Obligationen hat zuerst Ribbentrop in seiner Schrift: „Lehre von den Correal-Obligationen, Göttingen 1831" zur klaren Anschauung gebracht. Vergl. jetzt auch v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 136—294. v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 67—101.

[5]) v. Savigny a. a. O. p. 198.

[6]) Koch Lehrbuch Bd. 2 § 545.

Digitized by Google

Einer der wichtigsten Entstehungsgründe ist

Der Vertrag.

Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. [1]) Er erfordert auf der einen Seite ein Anerbieten und auf der andern Seite Acception dieses Anerbietens. Erst wenn beide Requisite vorhanden sind, ist der Vertrag perfect. Nach röm. Recht hat jedoch ausnahmsweise bisweilen ein bloßes Versprechen (pollicitatio) ohne Acceptation die Wirkung einer Obligatio, nämlich a. das Versprechen zu Gunsten einer res publica, welches von einem Gegenwärtigen geschehen [2]) und auf einer justa causa, d. i. auf einem Grunde, der ein hinlängliches Motiv für die pollicitatio bildet, beruhen muß; l. 1 pr. §§ 1—5, l. 3 pr. § 1 D. 50, 12. [3]) Der Mangel dieses Grundes wird jedoch durch den Anfang der Ausführung dessen, was nach dem Versprechen geschehen soll, ersetzt; l. 19 pr. D. 39, 5; l. 1 §§ 1—5, l. 3 pr. D. 50, 12. Ist die Pollicitation schenkungsweise geschehen, so kann sich der Pollicitant mit dem fünften Theil seines Vermögens, ebenso seine Erben mit dem fünften Theile der Erbschaft, seine Kinder schon mit dem zehnten loskaufen; l. 6 pr. l. 9, l. 14 D. 50, 12; b. ein Versprechen zum Besten einer Kirche, überhaupt zum Besten eines frommen Zwecks (ein solches Versprechen heißt Votum); l. 2 § 2 D. 50, 12. Die nähere Ausbildung dieses Instituts fällt in das canonische Recht; cf. c. 6. X de his, quae vis metusve causa fiunt; c. 6 X de testamentis. [4]) c. Das Versprechen, wodurch eine Dos bestellt wird; l. 6 C. 5, 11; [5]) und d. die Auslobung, d. h. das Versprechen an eine noch ungewisse Person für eine Leistung, die von ihrer Seite geschehen würde. [6]) Auch nach preuß. Recht ist ein Versprechen, wodurch auf nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen öffentlich eine Be-

---

[1]) v. Savigny System Bd. 3 p. 309. Die Definition, welche § 1, I, 5. L.-R. enthält, ist zu eng, weil sie nur auf den s. g. obligatorischen Vertrag paßt. Nach Koch (Lehrbuch Bd. 2 § 546) ist Vertrag eine wechselseitig erklärte Willensübereinstimmung zweier oder mehrerer Personen zur Begründung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses unter ihnen selbst. Diese Definition entspricht der von v. Savigny.

[2]) Daß die persönliche Gegenwart des Versprechenden zu einer gültigen Pollicitation gehöre, ist sehr bestritten. Vergl. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 252 sq. Nr. 1.

[3]) Puchta Pandecten § 259.

[4]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 254 Nr. 2.

[5]) Puchta Pandecten § 259.

[6]) Puchta a. a. O.

Digitized by Google

lohnung ausgesetzt wird, für den Pollicitanten bindend. [1]) §§ 988—995, I, 11 L.-R. In Ansehung der Vota (Gelübde) bestimmt das L.-R., daß, wenn der Erblasser das Gelübde zu erfüllen angefangen hat, die Vermuthung Platz greifen soll, er habe die Erben zu dessen Vollendung verpflichten wollen; im Uebrigen gesteht es Gelübden keine verbindliche Kraft zu. §§ 5 u. 6, I, 5. L.-R.

Klassification der Verträge.

Die Verträge zerfallen

I. nach ihrer Wirksamkeit in zweiseitige (bilaterales) und einseitige (unilaterales). Unter zweiseitigen Verträgen versteht man solche, aus deren Wesen für beide Theile eine Verbindlichkeit nothwendig entspringen muß, welche also nach röm. Recht für beide Contrahenten eine actio directa erzeugen. Einseitige Verträge heißen dagegen diejenigen, bei welchen nur für den einen Theil aus dem Wesen des Vertrags, für den andern Theil aber blos per accidens eine Klage entspringen kann. —

II. nach ihrem Zwecke in lästige (onerose) und wohlthätige (lucrative) Verträge. Ein lästiger Vertrag ist ein solcher, bei welchem der aus dem Vertrage Berechtigte dem Andern ein Aequivalent geleistet hat oder zu leisten verspricht; ein wohlthätiger Vertrag ein solcher, bei welchem der aus dem Vertrage Berechtigte kein Aequivalent giebt und auch keins zu geben verspricht. [2]) —

III. nach der Form bei den Römern in Real-, Verbal-, Literal- und Consensual-Verträge. Es hat mit dieser Eintheilung folgende Bewandtniß. Von den Verträgen (conventiones) nannten die Römer nur diejenigen contractus, welche auf einem Grunde beruhten, der schon im ältern Civilrechte Klagbarkeit bewirkte. Diese s. g. causa civilis bestand entweder a. in der Hingabe von Sachen unter der Verbindlichkeit zur Zurückgabe (obligationes quae re contrahuntur, Realcontracte [3]) oder b. in gewissen ausgesprochenen Worten, in welche die Verpflichtung eingekleidet ward (verborum obligatio-

[1]) Gegen die Subsumtion der Auslobung unter die Versprechen, welche ausnahmsweise eine obligatio begründen, erklärt sich u. A. Koch Lehrbuch Bd. 2 § 569. Er sieht in der Auslobung nur einen Antrag zur Eingehung eines Vertrags über Handlungen.

[2]) Das L.-R. verwechselt in § 7, I, 5 die zweiseitigen mit den lästigen und in § 8 l. c. die einseitigen mit den wohlthätigen Verträgen. Suarez hielt nämlich beide Eintheilungen für identisch. Von practischer Wichtigkeit ist die zweite Eintheilung namentlich in der Lehre von der culpa, die erste Eintheilung in dem Civilprocesse Cf. §§ 1—6 der Verord. über den Mand. u. summ. Proz. v. 1. Juni 1833.

[3]) Die vier benannten Real-Verträge sind: mutuum, commodatum, depositum und pignus. Inst. 3, 14 (15).

Digitized by Google

nes, Verbal-Contracte)[1]) oder c. in einer gewissen Art schriftlicher Aufzeichnung (literarum obligationes) Literal-Contracte[2]) oder d. ausnahmsweise in dem bloßen Consensus (consensu obligationes, Consensual-Contracte). Die Bezeichnung „Consensual-Vertrag" ist also nicht so zu verstehen, als sei nur hier, nicht auch bei den übrigen Verträgen consensus erforderlich. Vielmehr heißen die Consensual-Verträge deshalb so, weil bei ihnen im Interesse des Verkehrs der Consensus allein zur Klagbarkeit hinreicht, während bei den übrigen Verträgen noch eine bestimmte Form zur Klagbarkeit nöthig ist.[3])

Eine wesentliche Erweiterung des ursprünglichen römischen

---

[1]) Es werden drei Formen der verb. obl. genannt: dotis dictio, jurata operarum promissio und stipulatio. Die ungleich wichtigste ist die stipulatio, welche als das allgemeine Mittel erscheint, allen erlaubten Conventionen Klagbarkeit zu verschaffen. Inst. 3, 15; Dig. 45, 1.

[2]) Jeder röm. Bürger führte über seine Geldausgaben (expensa) und seine Geldeinnahmen (accepta) ein Buch (tabulass. codex expensi und codex accepti, codex rationum). In dieses wurden die einzelnen Posten (nomina) unter Anführung des Namens des Gebers resp. Empfängers in chronologischer Ordnung sorgfältig eingeschrieben (referebantur). Wenn nun Jemand wirklich ausgezahltes Geld als expensum eintrug, so bewirkte die expensilatio keine Obligation, sondern höchstens einen Beweis für die re contrahirte Obligation, besonders dann, wenn das nomen auch in dem codex accepti des Andern stand. Wenn aber eine schon bestehende, nicht aus einem wirklichen Darlehn herrührende Schuld nach Uebereinkunft der Parteien in den codex expensi des Gläubigers eingetragen wurde, so lag in dieser expensilatio die Fiction eines Darlehns mittelst literae, d. h. die bisherige Schuld verwandelte sich in eine literarum obligatio, aus welcher für den Gläubiger eine certi condictio entsprang. Diese einzige Art der literarum obligatio, welche bei den Römern vorkam, verschwand schon in der Mitte der Kaiserzeit. Bei den Peregrinen, namentlich den Griechen waren auch schriftliche Verträge üblich (syngrapha und chirographa). Syngrapha nannte man eine Urkunde, in welcher der Schuldner etwas zu geben oder zu thun versprach; sie vertrat also die Stelle der röm. Stipulation und ist, außer in Geschäften mit Peregrinen, bei den Römern nicht üblich geworden. Chirographum hieß dagegen eine Urkunde, in welcher der Schuldner etwas schuldig zu sein bekannte. Sie setzte also eine schon vorhandene Schuld voraus und diente blos zum Beweise derselben. Solche Schuldscheine wurden während der Kaiserzeit auch bei den Römern üblich. Wenn nun Justinian diese Schuldscheine nach verjährter exceptio non numeratae pecuniae als eine neue literarum obligatio an die Stelle der verschwundenen expensilatio setzte, so geschah dies doch nur scheinbar; denn das Neue, was aus der eben erwähnten Verjährung folgt, betrifft nicht — wie bei der expensilatio — die Natur der Rechtsverhältnisse selbst, sondern nur den Beweis der streitigen Thatsachen. Cf. Gajus III. §§ 128 sq. Inst. 3, 21 (22). v. Savigny System Bd. 5 p. 529—531.

[3]) Die röm. Consensual-Verträge sind: emtio venditio, locatio conductio, mandatum, societas und seit Kaiser Zeno der contr. emphyteuticarius. Inst. 3, 22 (23). — Mühlenbruch Pandecten Th. II. § 343.

Digitized by Google

Contracten-Systems wurde seit dem Ende der Republik durch die Doctrin, und zwar, wie es scheint, insbesondere durch den Einfluß Labeo's und seiner Anhänger herbeigeführt. Während nämlich bis dahin, abgesehen von den Formal-Contracten, ein Vertrag nur dann als klagbar angesehen wurde, wenn auf ihn der Begriff eines der speziellen materiellen Contracte anwendbar war, für welche actiones vulgares begründet waren (Kauf, Miethe, Mandat ꝛc.); bildete sich allmälig die Theorie der s. g. Innominatcontracte aus, wonach ein klagbarer Vertrag stets dann angenommen wird, wenn bei einem auf wechselseitige Leistungen gerichteten Vertrage von einer Seite bereits wirklich geleistet worden ist.[1]) In einem solchen Falle ist für den, welcher geleistet hat, eine actio civilis in factum s. praescriptis verbis auf die Gegenleistung zuständig,[2]) während freilich gegen ihn noch kein Contractsrecht begründet ist, bis auch von der andern Seite die entsprechende Leistung erfolgt, so daß ihm bis dahin auch die Befugniß zusteht, seine Leistung mit einer condictio ob causam datorum s. causa data causa non secuta zurückzufordern.[3]) Wesentliche Erfordernisse eines s. g. Innominat-Vertrages sind hiernach: a. Zweiseitigkeit; (dies Erforderniß findet bei den benannten Realverträgen nicht statt); b. wirklich geschehene Leistung von einer Seite (l. 1 § 2 D. 19, 4).[4])

Von den Conventionen, die nicht contractus waren, sie hießen pacta, erlangten manche theils durch die Prätoren, theils durch Doctrin und Praxis, theils durch neuere Gesetze Klagbarkeit. Man unterscheidet daher pacta nuda (klaglose) und pacta vestita (klagbare). Die Letzteren pflegt man auf drei Klassen zurückzuführen: a. pacta legitima, dahin gehört hauptsächlich: donatio, pactum de dote constituenda, compromissum etc. b. pacta praetoria, z. B. pactum jusjurandi, pactum hy-

---

[1]) v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 243—256.

[2]) Die actio praescriptis verbis ist wahrscheinlich zuerst beim Trödelvertrage aufgekommen, indem man bei diesem Vertrage sehr zweifelhaft war, welche actio vulgaris einzuräumen sei, ob die actio venditi oder locati oder conducti oder mandati, und zur Abschneidung dieser Zweifel die actio praescriptis verbis einführte; l. 1 pr. D. 19, 3.

[3]) Ob die Rückforderung des Geleisteten ex mera poenitentia stattfinden dürfe, ist sehr bestritten. Nach der richtigen Meinung greift dies s. g. Reurecht (jus poenitendi) in allen Fällen der Innominatcontracte Platz, sofern nicht die Natur der Sache entgegensteht. v. Bangerow a. a. O. p. 252 sq.

[4]) Auf die Innominat-Verträge passen die vier Formeln: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Auf diese Formeln pflegten jedoch die Römer nicht blos die Innominat-Contracte, sondern überhaupt alle zweiseitige Verträge zurückzuführen. v. Bangerow a. a. O. p. 246.

Digitized by Google

pothecae, constitutum debiti proprii vel alieni, c. pacta adjecta (solche, welche keine selbstständige Natur haben) z. B. in diem addictio, pactum commissorium, pactum reservati dominii, pactum protimiseos, pactum de retro vendendo v. emendo etc. [1])

Die ganze bisher dargestellte Beschränkung der Klagbarkeit ist im gemeinen Recht weggefallen, nach welchem unbestritten der Grundsatz gilt, daß schon das bloße pactum als solches vollkommen klagbar ist; daher ist auch die Theorie der s. g. Innominat-Verträge und das dabei stattfindende jus poenitendi antiquirt. [2])

Wenn aber auch die Formen, welche nach röm. Recht zur Klagbarkeit des Vertrags nothwendig, im gem. Recht weggefallen sind, hier also z. B. von der Stipulation nicht mehr die Rede sein kann, und alle Verträge außer den benannten Real-Contracten Consensual-Verträge in der römisch-rechtlichen Bedeutung sind, [3]) so ist ein gleicher Untergang doch nicht von denjenigen Formen zu behaupten, welche das röm. Recht nicht blos zur Klagbarkeit, sondern zur Gültigkeit gewisser Verträge überhaupt erfordert. [4]) Dergleichen Formen sind z. B. die gerichtliche insinuatio. Dieselbe bestand bei den Römern darin, daß ein Rechtsgeschäft vor einer städtischen Curie oder auch vor der Canzlei (officium) des Statthalters einer Provinz abgeschlossen und in das Gerichtsprotokoll (acta, gesta) wörtlich eingetragen wurde, wovon man dann den Betheiligten, so oft es nöthig war, beglaubigte Abschriften mittheilte. [5])

Nach preuß. Recht unterscheidet man in Ansehung der Form mündliche, schriftliche, notarielle und gerichtliche Verträge. Die Form dient hier entweder zur bessern Beglaubigung [6]) oder zur Gültigkeit des Geschäfts, [7]) fast nie zur bloßen Klagbarkeit. [8]) Consensual-Verträge im römisch-rechtlichen Sinne giebt es daher bei uns nicht und wenn dennoch zwischen Consensual-

---

[1]) Mühlenbruch Pandecten Th. II. §§ 342 u. 345.

[2]) Die Leistung, welche von einer Seite geschieht, erfolgt jetzt nicht mehr contrahendi causa, sondern blos und allein solvendi causa; v. Vangerow Pandecten Th. III. p. 255 u. 256. Puchta Pandecten § 250.

[3]) v. Vangerow a. a. O. Puchta Vorlesungen Bd. 2 p. 67.

[4]) Puchta Pandecten § 250.

[5]) v. Savigny System Bd. 3 p. 241.

[6]) Dafür spricht im zweifelhaften Falle die Vermuthung, § 41, I, 3. L.-R.

[7]) Cf. § 40, I, 13 und § 109, I, 5. L.-R.

[8]) Ausnahmsweise ist eine Form blos zur Klagbarkeit nothwendig in folgenden Fällen: §§ 243 u. 411, I, 14; § 176, I, 16 u. §§ 146 u. 165, I, 5. L.-R.

Digitized by Google

und Realverträgen unterschieden wird, so bezieht sich dies nur darauf, daß bei jenen die Perfection consensu, bei diesen re erfolgt. Etwas den röm. Literal-Verträgen Aehnliches bietet das preuß. Recht insofern dar, als das bloße Ausstellen, Indossiren oder Acceptiren eines Wechsels, das Acceptiren einer Assignation (§ 259, I, 16 L.-R.) und die Unterschrift der Police Seitens des Versicherers (§ 2099, II, 8 A.-R.) eine Obligatio erzeugt.

IV. unterscheidet das röm. Recht zwischen contractus stricti juris und bonae fidei, je nachdem aus ihnen regelmäßig eine actio stricti juris oder bonae fidei entspringt.

Contractus stricti juris waren:

a. das Gelddarlehn,

b. das expensum latum — der alte Literalcontract,

c. das Stipulatum.

Alle übrigen contractus waren bonae fidei, obwohl auch bei ihnen unter Umständen eine actio stricti juris (i. e. condictio) vorkommen konnte, so z. B. beim Depositum, welches der Empfänger angegriffen hat. [1])

Die praktische Bedeutung des Unterschiedes zwischen str. juris und bonae fidei actiones zeigt sich im Allgemeinen darin, daß bei diesen dem urtheilenden Richter eine freiere Macht eingeräumt ist, als bei jenen (cf. § 30. J. 4, 6); insbesondere ist

a. der Richter in den bon. fid. actiones bei Beurtheilung des der Klage zum Grunde liegenden Geschäfts nicht an den starren Wortausdruck gebunden, wie dies bei strengen Geschäften

[1]) Vergl. v. Savigny System Bd. 5 p. 101—119 u. p. 461—642 (Beilage 13 u. 14.) v. Vangerow Pandecten Bd. 1 Abth. 1 p. 218—235. Grund und Bedingung der Condictionen ist die mit der Entstehung einer Obligation verknüpfte Bereicherung des gegenwärtigen Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, welche jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll, und zwar bald wirkliche Bereicherung wie bei dem Darlehn, oder dem gezahlten Indebitum, bald eine fingirte, wie bei der expensilatio, der Stipulation, dem Legatum per damnationem und sinendi modo. Dazu kommen noch einige, nicht bedeutende, positive Erweiterungen, die auf jenen Grundsatz nicht zurückgeführt werden können. v. Savigny a. a. O. p. 564. Act. str. jur. sind demnach folgende: a. die Klage aus einer verborum obligatio (Stipulation), b. die Klage aus einer literarum obligatio (expensilatio), c. die actio ex testamento sowohl im Falle eines legatum per damnationem als auch sinendi modo, d. die condictio ex mutuo und die übrigen condictiones datorum, nämlich die cond. indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem causam und sine causa; e. die cond. ex injusta causa, cond. furtiva und actio rerum amotarum, sowie f. die condictiones ex lege. Während bei den stricti juris act. in der Regel die intentio einfach auf ein „dare oportere“ oder auf ein „dare facere oportere“ gerichtet ist, kommt bei den bon. fid. act. noch der mildernde Zusatz vor: „ex bona fide“ oder „ut inter bonos bene agier oportet“ oder auch „quantum s. quod aequius melius.“ Daß condictio mit stricti jur. actio gleichbedeutend ist, weist überzeugend nach v. Savigny a. a. O. p. 461 sq.

Digitized by Google

die Regel bildet; (cf. z. B. l. 99 D. 45, 1); er hat vielmehr in voller Freiheit das von den Parteien wirklich Gewollte zu ermitteln (l. 7 D. 3, 5) und dabei namentlich auch das bei solchen Geschäften nach Ortsgebrauch Uebliche zu berücksichtigen; l. 31 § 20, D. 21, 1. [1])

b. bei bonae fid. actiones darf die Verurtheilung in die omnis causa (Früchte und andere Erweiterungen) von Anfang an — also auch in Verzugszinsen einer Geldschuld vom Zeitpunkte der mora an — erfolgen, [2]) bei str. jur. actionen ist zwar, wenn sie auf Rückerstattung einer wirklich aus dem Vermögen des Klägers gekommenen Sache gehen (z. B. bei der cond. furtiva), ebenfalls eine Verurtheilung in die omnis causa von Anfang an zulässig; [3]) sonst aber darf nur auf omnis causa von der Litiscontestation an und auf Verzugszinsen auch nicht einmal von da an erkannt werden. [4])

c. wenn in Contractsverhältnissen keine Erfüllungszeit festgesetzt ist, so wird das Interesse bei bon. fid. act. nach der Zeit des Urtheils, bei str. jur. act. nach der Zeit der Klageanstellung bestimmt. (Cf. pag. 149 dieses Buchs.)

d. wenn der Anspruch des Klägers durch Exceptionen ausgeschlossen oder auf eine geringere Summe beschränkt werden kann, so hat diese der Richter in der str. jur. actio nur dann zu berücksichtigen, wenn sie der Prätor in der formula ausgedrückt hat; für die bon. fid. actio gilt diese Beschränkung nicht, sodaß der Richter die exceptio beachten darf und soll, auch wenn erst während der Dauer des Prozesses der Beklagte ihr Dasein entdeckt hat. Daher kommt in den bon. fid. act. die Compensation zur Anwendung, auch wenn sie nicht in der formula erwähnt ist; in der str. jur. actio sollte sie früher gar nicht gelten; Marc Aurel ließ sie jedoch zu, wenn sie in die formula als Exception aufgenommen war. § 30. J. 4, 6. [5])

e. das juram. in litem ist bei act. stricti juris immer nur ein subsidiäres Beweismittel, während es bei act. bon. fid., die auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, auch dann, wenn andere Beweismittel vorhanden sind, zugelassen wird. [6])

---

[1]) v. Bangerow Pandecten Th. I. Abth. 1 p. 221.

[2]) Daß das Urtheil selbst auf Erstattung des Interesses, welches sich auf ein pretium affectionis gründet, gerichtet werden könne, behauptet u. A. v. Savigny System Bd. 5 p. 466. Vergl. jedoch pag. 148 u. 151 dieses Buchs, sowie v. Bangerow Pandecten Th. III. p. 48. über l. 54 pr. D. 17, 1, auf welche sich v. Savigny stützt.

[3]) v. Bangerow Pandecten Th. I. Abth. 1 p. 222.

[4]) v. Savigny System Bd. 5 p. 465.

[5]) v. Savigny a. a. O. p. 466—468.

[6]) v. Bangerow Pandecten Th. I. Abth. 1 p. 301 sq.

Digitized by Google

f. wenn bei einem neg. bon. fid. ein pactum adjectum vorkommt, so kann die Contractsklage auch auf den Inhalt des Nebenvertrages gerichtet werden, während dies bei einem neg. str. jur., dem ein Nebenvertrag beigefügt worden, in der Regel nicht zulässig ist; [1]) doch gelten im neuern Recht viele Ausnahmen. [2])

Die meisten und angesehensten Rechtslehrer stimmen übrigens darin überein, daß die Unterscheidung zwischen act. stricti juris und bonae fidei im gemeinen Rechte nicht mehr anwendbar sei, daß vielmehr alle Klagen heutzutage als bonae fidei actiones und alle Rechtsgeschäfte als bonae fidei negotia behandelt werden müssen. [3])

Erfordernisse der Verträge.

I. In Ansehung der Subjecte.

A. Die Subjecte eines Vertrages müssen die Fähigkeit besitzen zu contrahiren. In dieser Beziehung ist zu merken:

a. Kinder in väterlicher Gewalt können sich nach röm. Recht dem Vater nur naturaliter verpflichten; dasselbe gilt vom Vater den in seiner Gewalt befindlichen Kindern gegenüber. [4]) Einem Fremden gegenüber kann der filiusfamilias nach neuerm röm. Recht auch klagbare Schulden eingehen [5]) (eine Ausnahme erleidet dieser Satz nur durch das S. C. Macedonianum); überhaupt kann er ohne und selbst wider den Willen des Vaters mit einem Fremden Rechtsgeschäfte für sich vornehmen. [6]) — Nach preuß. Recht können in väterlicher Gewalt befindliche Kinder — wenn sie großjährig sind — sich dem Vater ganz frei verpflichten und es bedarf hierzu nicht erst einer Entlassung aus der väterlichen Gewalt; sind sie aber minderjährig, so muß ihnen vorher ein Curator bestellt werden. § 29, II, 18. L.-R. Präj. des Geh. Ob.-Trib. 1641 v. 30. Octob. 1845 (Präjud. p. 166.) Was Verträge mit Fremden anlangt, so ist zu unterscheiden, ob mit dem Vertrage auch Gefahr und Lasten oder lediglich Vortheile für das Hauskind verbunden sind. Im letztern Falle be-

---

[1]) In diesem Sinne ist nach preuß. Recht der Wechsel gewissermaaßen ein negot. stricti juris.

[2]) v. Bangerow a. a. O. p. 221 u. v. Savigny System Bd. 6 p. 127 sq.

[3]) v. Bangerow a. a. O. p. 234. v. Savigny System Bd. 5 p. 136 sq. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 Abth. 1 p. 150 Nr. 8 in fin.

[4]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 48 u. 49, p. 59.

[5]) Derselbe a. a. O. p. 61.

[6]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 277.

Digitized by Google

darf es des Beitrittes des Vaters nicht. § 124, II, 2. Im erstern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Vertrag das freie Vermögen des Kindes betrifft oder nicht. Disponirt er über das freie Vermögen, so bedarf es — wenn das Hauskind nur großjährig ist — des väterlichen Beitritts ebenfalls nicht, § 165, II, 2. L.-R.; in allen übrigen Fällen aber ist die Zustimmung des Vaters erforderlich; § 201, II, 2. L.-R. und § 125 ibid; eine Ausnahme wird nur durch § 127, II, 2. L.-R. begründet. Vergl. auch §§ 13 u. 14, I, 1. A. G.-O.

b. Minderjährige, welche sui juris und pubes sind, können nach röm. Recht auch ohne Consens des Curators sich durch Verträge wirksam verpflichten, obwohl freilich der Curator nichts aus dem Vermögen des Minor zu bezahlen braucht und auch der Minor selbst sich unter Umständen in integrum restituiren lassen kann. [1]) Unbestritten können minores ohne Consens des Curators Ehe und Sponsalien gültig abschließen, nicht aber Veräußerungen vornehmen. Haben sie venia aetatis erlangt, so können sie auch selbstständig veräußern, doch nicht Grundstücke. [2])

Nach gemeinem und preuß. Recht sind minderjährige pubes in Beziehung auf die Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen im Allgemeinen gleichgestellt. [3]) § 14, I, 5. L.-R. Eine Ausnahme wird in den §§ 20 u. 21 h. t. statuirt. Der Majorennitätserklärung kann — aber muß nicht — nach preuß. Recht eine Einschränkung der Fähigkeit, unbewegliche Güter, die der Minor schon vor erfolgter Majorennitätserklärung besessen hat, zu veräußern oder zu verpfänden, beigefügt werden. §§ 725—727, II, 18. L.-R. Eine solche Einschränkung versteht sich jedoch immer von selbst, wenn ein Sohn während der Minderjährigkeit der väterlichen Gewalt entlassen worden. § 226, II, 2. L.-R.

c. Unmündige, die sui juris und nicht mehr infantes sind, können nach röm. Recht ohne Genehmigung des Tutors solche Verträge schließen, die ihnen blos Vortheil bringen ohne

---

[1]) Dieser Grundsatz, welchen v. Bangerow (Pandecten Bd. 1 Abth. 2 p. 610) aus l. 101 D. 45, 1 („Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari" — Manche lesen jedoch statt „obligari" „obligare" oder „non obligari") u. l. 43 D. 44, 7; l. 141 § 2 D. 45, 1 herleitet, ist höchst bestritten. Cf. pag. 94 dieses Buchs und die daselbst angeführten Meinungen, zu welchen noch die nachzutragen ist, daß der Minderjährige ohne Consens des Curators zwar wohl seine Person, aber nicht sein Vermögen obligiren könne. Glück P. C. IV p. 75 sq.

[2]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 247 Nr. 21.

[3]) Obiger Grundsatz ist nach gem. Recht ebenfalls streitig. v. Bangerow Pandecten Bd. I. Abth. 2 p. 612. Siehe auch pag. 95 dieses Buchs.

Digitized by Google

Nachtheil oder Gefahr. [1]) Ob sie sich nicht aber durch Verträge ohne Genehmigung des Tutors wenigstens naturaliter verpflichten können, ist durchaus streitig. [2]) Wie v. Savigny zu beweisen sucht, [3]) wären schon die röm. Juristen hierüber uneins gewesen, indem verneinend sich aussprächen: Licinius Rufinus (l. 59 D. 44, 7) und Neratius (l. 41 D. 12, 6), bejahend Papinian (l. 95 § 2 D. 46, 3) Ulpian (l. 3 § 4 D. 3, 5), Paulus (l. 21 pr. D. 35, 2). v. Savigny hält eine Vereinigung dieser Stellen für unmöglich und glaubt, daß im Sinne der justinianischen Gesetzgebung die bejahende Meinung vorzuziehen sei, weil sie die anerkannt größten unter den röm. Juristen so wie die innere Consequenz für sich habe. [4])

Nach preuß. Recht können Unmündige ohne vormundschaftliche Genehmigung ebenfalls nur solche Verträge schließen, die ihnen blos Vortheil bringen und nicht zugleich mit Lasten und Verbindlichkeiten für sie verbunden sind. §§ 21 u. 22, I, 4; §§ 10—13, I, 5. L.-R. Unmündige und Minderjährige können sich also nur unter Beitritt des Vormundes durch Verträge verpflichten; der Vormund kann aber auch selbstständig für sie contrahiren und es reicht zur Ungültigkeitserklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrages der Umstand allein nicht hin, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vorgeschrieben, aber nicht eingeholt ist. Plenar-Beschluß des Geh. Ob.-Trib. v. 22. Juni 1846 zu §§ 236—239, II, 18. L.-R. (Präj. 1758. Präj. S. p. 221.) Nur dann also ist ein von dem Vormunde für den Mündel ohne Consens des Vormundschaftsgerichts abgeschlossener Vertrag nichtig, wenn in den Gesetzen die Gültigkeit des Geschäfts von dem obervormundschaftlichen Consense ausdrücklich abhängig gemacht ist.

d. Ehefrauen können sich nach neuerm röm. Recht sowohl dem Manne als auch einem Fremden durch Verträge frei verpflichten; [5]) hat die Ehefrau jedoch kein Paraphernal-Vermögen, so kann gegen sie die Obligation erst nach getrennter Ehe geltend gemacht werden. [6]) Nach preuß. Recht kann sich eine Ehefrau ihrem Manne nicht selbstständig obligiren, vielmehr bedarf sie dazu eines besondern Beistandes und außerdem ist gerichtliche Form vorgeschrieben; §§ 198—201, II, 1. L.-R. Um sich einem Fremden durch Ver-

[1]) Cf. pag. 93 dieses Buchs.
[2]) Cf. pag. 70 dieses Buchs.
[3]) v. Savigny Obl. Recht Bd. 1 p. 61—74.
[4]) Derselbe a. a. O. p. 74.
[5]) Eine Einschränkung erleidet obiger Satz durch das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten und der Intercessionen der Ehefrauen für ihre Männer.
[6]) Vergl. Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 287.

Digitized by Google

trag zu verpflichten, bedarf sie des Beitrittes des Mannes, §§ 195, 196, 320, 334 u. 342, II, 1. L.-R., [1]) außer wenn es sich um ihr freies Vermögen handelt (§§ 221, 222, 318 und 319 II, 1. L.-R.) oder wenn sie mit Bewilligung des Mannes für sich selbst ein Gewerbe treibt, und zu dessen Behuf Schulden contrahirt. §§ 335 u. 336 in Verb. mit § 195, II, 1. L.-R. Will die Ehefrau für ihren Mann intercediren ꝛc., so muß ihr ein rechtskundiger Beistand bestellt werden, auch ist gerichtliche Form und Verwarnung vorgeschrieben. §§ 341—344, II, 1. L.-R. Doch ist die Rechtskundigkeit des Beistandes kein die Gültigkeit bedingendes Erforderniß. Präj. des Geh. Ob.-Trib. 1223 v. 26. Nov. 1842. (Präj.-S. p. 141.)

e. Verschwender sind in Beziehung auf die Fähigkeit zu contrahiren nach röm. Recht den Unmündigen, nach preuß. Recht den Minderjährigen gleichgestellt. Cf. pag. 99 dieses Buchs. Wann die Unfähigkeit des Verschwenders beginne, ist gemeinrechtlich streitig. Darin sind die Meisten einverstanden, daß Jemand, um als Verschwender rechtlich angesehen zu werden, durch ein richterliches Decret dafür erklärt werden müsse. Ebenso erfordert ein allgemeiner Gerichtsgebrauch die öffentliche Bekanntmachung, ohne welche man der Interdiction keine rechtliche Wirkung beilegt. Ungewiß aber ist es, ob und inwiefern die Prodigalitätserklärung rückwirkende Kraft habe. [2])

f. Blinde, Taube und Stumme können nach röm. und preuß. Recht soweit Verträge schließen, als sie ihren Willen deutlich zu äußern vermögen; l. 4. § 1 D. 2, 14; [3]) § 25, I, 5; sind ihnen aber in Gemäßheit der §§ 15 sq. II, 18. L.-R. Vormünder bestellt, so stehen sie nach preuß. Recht den Unmündigen gleich. § 25, I, 5; § 26, I, 4. L.-R.

Wenn die vorstehend aufgeführten Personen ohne Consens Verträge schließen, zu welchen ein Consens ihrer gesetzlichen Vertreter erforderlich ist, so sind nach preuß. Recht diese Verträge ipso jure ungültig, d. h. nichtig. In Betreff der Minderjährigen und Unmündigen folgt dies aus § 22, I, 4; §§ 11 und 14, I, 5; § 170, I, 16; in Betreff der Ehefrauen aus § 199, 320, 334, 619 u. 620, II, 1. L.-R. Cf. auch Präj. des Geh. Ob.-Trib. (II. Sen.) Nr. 67 vom Jahre 1834 (Präj.-S. p.

---

[1]) Cf. Plenar-Beschl. des Geh. Ob.-Trib. v. 1. März 1847 (Präj. 1842, Präj.-S. p. 140), wonach die zur Gültigkeit der Schuld einer Ehefrau erforderliche Bewilligung des Mannes, auch bei Gegenständen über 50 Thlr., nicht unbedingt, und namentlich nicht bei Darlehnen der schriftlichen Form bedarf.

[2]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 272 sq.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 249 Nr. 29.

Digitized by Google

141)[1]; in Betreff der Verschwender, Tauben, Blinden und Stummen aus § 31, I, 1; §§ 14 u. 25, I, 5; § 170, I, 16. L.-R. Eine Ausnahme von obiger Regel machen die unconsentirten Verträge der (großjährigen?) Hauskinder; diese erzeugen eine naturalis obligatio; § 138, II, 2. L.-R.[2])

Jene Nichtigkeit, welche natürlich selbst dann eintritt, wenn die Unfähigkeit des einen Contrahenten dem Andern unbekannt war (§ 32, I, 5. L.-R.)[3]), hat die Folge, daß der Vertrag durch einfaches Anerkenntniß nicht convalesciren kann; vielmehr bedarf es, um eine obligatio zu erzeugen, einer neuen Vertragsschließung. § 37, I, 5. L.-R. Dagegen reicht bei unconsentirten Verträgen der Hauskinder nach aufgehobener väterlicher Gewalt einseitiges Anerkenntniß hin, um die Convaleszenz zu bewirken; dasselbe muß aber gerichtliche oder notarielle Form haben. §§ 136 und 137, II, 2. L.-R.

Mit § 37, I, 5 scheint § 170, I, 16. L.-R. insofern nicht zu harmoniren, als aus § 170 hervorgeht, daß dasjenige nicht condicirt werden kann, was aus einem Geschäfte, welches wegen der Unfähigkeit des einen Theils für ihn unverbindlich ist, nach gehobener Unfähigkeit gezahlt worden. Man sah jedoch in der nach gehobner Unfähigkeit geleisteten Zahlung ein dem constitutum debiti gleichstehendes Anerkenntniß.

Der von einem Unfähigen ohne Consens geschlossene Vertrag ist nach preuß. Recht für den andern Contrahenten ein s. g. pactum claudicans, d. h. für ihn allein bindend und zwar so lange, bis die gesetzlichen Vertreter des Unfähigen sich erklärt haben. Diesen aber kann hierzu eine Frist bestimmt werden. §§ 11 bis 13, I, 5 L.-R.[4]) Nach röm. Recht ist die Frage streitig. Puchta nimmt hier ebenfalls die Entstehung eines pactum claudicans an.[5]) Ebenso lehrt v. Savigny in Betreff des Pupillen: „Schließt er allein einen zweiseitigen Vertrag, worin stets Gewinn und Verlust gemischt ist, so ist der Vertrag für den Gegner bindend, für den Unmündigen nicht, d. h. es steht in der Wahl des Tutors, ob er den Vertrag ganz anerkennen oder verwerfen will.[6]) v. Vangerow stellt dagegen folgenden Grundsatz auf: „Der Mitcontrahent des Pupillen ist stets vollständig an alle von ihm über-

---

[1]) Ueber den obigem Satze anscheinend widersprechenden § 11, I, 29 A. G.-O. vergl. Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 290 sq.

[2]) Koch a. a. O. p. 282.

[3]) Ueber § 32, I, 5 u. § 134, II, 2. L.-R. vergl. Koch a. a. O. p. 296 sq.

[4]) Cf. auch § 199, II, 1. L.-R. und Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 293.

[5]) Puchta Pandecten § 232.

[6]) v. Savigny System Bd. 3 p. 40.

Digitized by Google

nommenen Verbindlichkeiten gebunden; der Pupill ist zwar naturaliter ebenfalls auf das Ganze, civiliter aber nur in quantum locupletior factus est, verpflichtet.[1])

B. Die Contrahenten müssen die besondere Fähigkeit haben, den bestimmten Vertrag einzugehen. Die in dieser Beziehung vorkommenden gesetzlichen Einschränkungen werden bei den einzelnen Verträgen abgehandelt werden.

II. In Ansehung des Gegenstandes.

A. Der Gegenstand des Vertrages muß erlaubt sein.

Nach röm. Recht sind Verträge, durch welche Jemand zu einer unerlaubten oder doch den guten Sitten zuwiderlaufenden Handlung verpflichtet werden soll, nichtig; l. 35 § 1 D. 45, 1; l. 7 § 16 D. 2, 14; l. 26, l. 27 pr., l. 123 D. 45, 1; § 24. J. 3, 19 (20)[2]) Nach preuß. Recht sind zwar Verträge über unsittliche und solche unerlaubte Handlungen, in Ansehung welcher Dispensation nachzusuchen nicht gestattet ist, ebenfalls von Anfang nichtig; §§ 39 u. 68, I, 5; §§ 6 u. 7, I, 4. L.-R.; Verträge über unerlaubte, aber dispensationsfähige Handlungen dagegen sind in der Regel gültig,[3]) begründen jedoch nur eine bedingte Obligation; § 69, I, 5. L.-R.[4])

Auch Verträge, welche an sich gleichgültige oder auch gar keine Handlungen (im eng. S.) zum Gegenstande haben, können nach beiden Rechten als unerlaubt oder unsittlich erscheinen, und sind alsdann gleichfalls nichtig. Dahin gehören z. B.

a. nach röm. Recht Verträge, wodurch sich Jemand zur gänzlichen Ehelosigkeit verpflichtet; nach preuß. Recht auch Verträge, durch die sich eine Mannsperson bis über das 30ste und eine Frauensperson bis über das 25ste Jahr hinaus zur Ehelosigkeit verpflichtet.[5]) Cf. pag. 192 dieses Buchs.

---

[1]) v. Vangerow Pandecten Bd. I, Abth. 1 p. 597 sq.

[2]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 383; Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 306 sq.

[3]) Eine Ausnahme enthält § 77, II, 1. L.-R.

[4]) Koch a. a. O.

[5]) Abweichender Ansicht ist Koch, welcher im „Recht der Ford." Bd. 2 p. 309 Note 42 bemerkt: „Die Meinung, wonach ein solcher Vertrag alsdann, wenn die Ehelosigkeit auf einen Tag länger als der Promittent zu halten braucht, zugesagt ist, ganz und gar nichtig sein soll, hat keinen Grund. Soweit, als es das Gesetz nachgiebt, ist die Handlung (Unterlassung) erlaubt. Wer etwas Erlaubtes und Unerlaubtes zusammen verspricht, wird von der Leistung des erlaubten Gegenstandes aus dem Grunde, weil er den verbotenen nicht zu geben hat, nicht befreit. Ob aber der andre Theil sich eine solche Theilung in Rücksicht der Gegenleistung gefallen lassen muß oder nicht, ist eine andere Frage."

Digitized by Google

b. nach preuß. Recht Verträge, wodurch sich Jemand verpflichtet, seinen Wittwenstand nicht zu ändern; § 11, I, 4. L.-R.; nach röm. Recht sind diese Verträge völlig erlaubt. Cf. Nov. 22 c. 44. Auth. Cui relictum (C. 6, 40);

c. nach röm. Recht Erbverträge; l. 29 § 2 D. 39, 5; l. 15 u. 19 C. 2, 3; l. 61 D. 45, 1; nach gemeinem [1]) und preuß. Recht sind dieselben zulässig. § 617, I, 12. L.-R.

d. nach preuß. Recht Verträge, durch welche eine bestimmte oder unbestimmte Erbschaft, die dem Verkäufer erst noch anfallen soll, verkauft wird; § 446, I, 11. L.-R.; nach röm. Recht nur solche Erbschaftskäufe, welche die Erbschaft einer bestimmten lebenden Person betreffen; l. ult. C. 2, 3; l. 10—13 D. 18, 4; [2])

e. nach röm. und preuß. Recht die lex commissoria bei der Verpfändung; l. 3 C. 8, 35 (cf. jedoch l. 16 § 9 D. 20, 1); §§ 33 u. 34, I, 20. L.-R.

f. nach röm. und preuß. Recht Verträge, wodurch sich der Anwalt eine Belohnung für den Fall des Gewinnens (palmarium) versprechen läßt, mag das palmarium in einer bestimmten Summe oder in einem Gewinnantheil (quota litis — pactum de quota litis) bestehen; l. 1. §§ 10 u. 12 D. 50, 13; § 77, I, 13. L.-R.; §§ 309 u. 326 des preuß. Strafgesetz-Buchs. Wird aber der Betrag der Belohnung hinterher durch einen Vertrag bestimmt, so ist derselbe nach röm. Recht gültig; gesetzt auch, daß die Belohnung ein palmarium genannt worden ist, oder daß sie in einem Gewinnantheile besteht; [3]) l. 1 § 12 D. 50, 13. Das neueste preuß. Recht enthält in dieser Beziehung folgende Vorschriften: nach Zustellung der Liquidation seiner Gebühren und Auslagen darf der Rechts-Anwalt ein deren Betrag übersteigendes Honorar dafür annehmen; ferner ist es ihm allezeit gestattet, ohne Aufforderung gegebene Geschenke von seiner Partei anzunehmen, (§ 9 des Ges. betr. den Ansatz und die Erhebung der Gebühren der Rechts-Anwälte v. 12. Mai 1851); endlich ist es dann, wenn die Vorbereitungen zur Einleitung eines Prozesses voraussichtlich ganz außerordentliche Mühe und Zeit erfordern, dem Advocaten ausnahmsweise erlaubt, schon vor Beginn des Prozesses sich ein höheres Honorar als das gesetzliche zu bedingen; doch bedarf ein solcher Vertrag der Genehmigung des Ehrenrathes. § 13 des Tarifs zum Ges. vom 12. Mai 1851.

---

[1]) Puchta Pandecten § 449; v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth I, p. 885—899.

[2]) Puchta Pandecten § 449; Mühlenbruch Pandecten Th. III. § 710.

[3]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2. Abth. 2 p. 798 Anm.***

Digitized by Google

In Ansehung des ältern preuß. Rechts vergl. u. A. §§ 116 u. 117, III, 7. A. G.-O. §§ 1340—1344, II, 20. L.-R.

g. nach röm. und preuß. Recht pacta de dolo non praestando; cf. pag. 136 dieses Buchs.

h. nach röm. Recht Verträge, wodurch eine res litigiosa veräußert wird. Zuerst wurde durch ein Augustisches Edict der Kauf einer res litigiosa in der Weise verboten, daß die emtio nichtig sein und eine Geldstrafe an den Fiscus erlegt werden sollte. Dies Verbot bezog sich jedoch aller Wahrscheinlichkeit nach nur auf den Fall, wo ein litigioses Grundstück von dem nichtbesitzenden Kläger veräußert wurde.[1]) Hieran reihten sich Verordnungen von Konstantin sowie von Gratian, Valentinian und Theodosius. Wesentliche Neuerungen machte Justinian, indem er u. A. verordnete, daß, wenn der Kläger seine Klage oder der Beklagte die von ihm besessene Sache nach anhängig gemachtem Rechtsstreite an einen Dritten veräußere, diese Veräußerung in der Regel ungültig sein solle, möge der Erwerber von der Litigiosität Kunde gehabt haben oder nicht. l. 4 C. 8, 37 (36); Nov. 112 cap. 1. Ob das justin. Veräußerungsverbot nach heutigem gemeinen Rechte noch anwendbar oder ob dasselbe gleich den von Justinian auf die Veräußerung gesetzten Strafen durch Gerichtsgebrauch abrogirt sei, ist sehr bestritten; v. Vangerow,[2]) Mühlenbruch u. A.[3]) halten die praktische Anwendbarkeit jenes Verbots gemeinrechtlich für völlig unzweifelhaft. Nach preuß. Recht sind res litigiosae ein erlaubter Gegenstand eines Veräußerungsvertrages, nur muß der Acquirent den Ausfall des Rechtsstreites gegen sich gelten lassen.[4]) §§ 383 sq. I, 11; §§ 15 u. 16, I, 15. L.-R. § 48 Lit c., I, 7 und § 9, I, 24. A. G.-O.

Nach preuß. Recht gehören zu den unerlaubten Verträgen u. A. noch folgende:

a. Verträge, welche nach Publication des Gewerbe-Steuer-Edicts geschlossen werden und auf Beschränkung oder Behinderung der Gewerbe-Freiheit abzielen; K. O. v. 19. Apr. 1813 (G.-S. p. 69) Cf. auch §§ 11 u. 64 der Gewerbe-Ord. vom 17. Jan. 1845 (G.-S. p. 53).

b. Verträge, wodurch gewisse landesculturschädliche Verhältnisse, deren Aufhebung die agragrische Gesetzgebung intendirt

---

[1]) v. Vangerow Pandecten Bd. 1 Abth. 1 p. 288. Friedenthal de rerum litigiosarum alienatione ex jure Romano. Berol. 1849.

[2]) Pandecten Bd. 1. Abth. 1 p. 292.

[3]) Cf. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 118 sq.

[4]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 310. Lehrbuch Bd. 1 § 239. Bornemann System. Darstellung des preuß. Civilrechts Bd. 2 p. 236.

Digitized by Google

(z. B. Leibeigenschaft, Erbunterthänigkeit, Erbzins-, Erbpachts-Verhältnisse, unablösliche Renten ꝛc.) constituirt werden sollen. § 10 des Ed. v. 9. Oct. 1807 (G.-S. p. 171); §§ 2 und 7 des Cult.-Ed. v. 14. Sept. 1811 (G.-S. p. 300); Präj. des Geh. Ober-Trib. Nr. 1863 v. 29. Apr. 1847. (Präj.-S. p. 323). § 91 des Ges. vom 2. März 1850 (Ges.-S. p. 77).

c. Verträge über spanische Staatsschuldpapiere irgend einer Art, über ausländische, auf jeden Inhaber lautende Staats- oder Communalschuldpapiere, Actien, Obligationen oder sonstige Geldpapiere auswärtiger Gesellschaften oder Institute, sowie über Actienpromessen, Interimsscheine, Quittungsbogen oder sonstige, die Betheiligung bei einer Eisenbahn-Unternehmung bekundende, aber vor Berichtigung des vollen, auf die Actien oder Obligationen einzuzahlenden Betrages ausgegebene Papiere. Die ad c gedachten Verträge sind jedoch gültig, wenn sie von beiden Theilen sofort Zug um Zug erfüllt werden. — V. v. 19. Jan. 1836 (G.-S. p. 9); V. v. 13. Mai 1840 (G.-S. p. 123); V. v. 24. Mai 1844 (G.-S. p. 117).

Endlich können sowohl nach röm. als auch nach preuß. Recht die auf der publica utilitas beruhenden Rechtssätze, wenn sie auch in das Privatrecht einschlagen, nicht Gegenstand der Privatdisposition sein, d. h. durch Privatwillen nicht verändert werden; l. 38 D. 2, 14: „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.“ l. 45 § 1 D. 50, 17: „Privatorum conventio juri publico non derogat.“

Nach röm. Recht ist in diesem Sinne auch die Klagen-Verjährung juris publici; die dieselbe betreffenden Rechtsregeln können daher durch Privatwillkühr nicht modifizirt werden.[1]) Das Das preuß. L.-R. dagegen sieht die Extinctiv-Verjährung nicht von dieser Seite an und gestattet den Parteien, über dieselbe zu pacisciren. §§ 565—567, I, 9.

Nach röm. wie nach preuß. Recht gelten auch die Vorschriften über die Rechtsmittel als juris publici, so daß über dieselben nicht pacisciert werden kann.[2]) Eine Modification dieses Grundsatzes enthält jedoch § 100 des Anh. z. A. G.-O.

Ob durch einen Ehevertrag gültig bestimmt werden könne, daß bei einer Veränderung des Wohnsitzes die Frau dem Manne

---

[1]) Nach Ablauf der Verjährung ist es allerdings auch nach röm. Recht gestattet, dieselbe durch Vertrag aufzuheben, d. h. auf die durch dieselbe erlangten Vortheile ganz oder theilweise zu verzichten. Vor dem Ablauf aber kann die Verjährung durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden. v. Savigny System Bd. 5 p. 411—43. Andrer Meinung ist u. A. Unterholzner Verjährungslehre Bd. 1 § 28.

[2]) v. Savigny System Bd. 5 p. 411.

Digitized by Google

nicht zu folgen braucht, ist gemeinrechtlich sehr streitig. Die Meisten halten eine derartige Bestimmung den guten Sitten und dem Wesen der Ehe zuwider.[1]) Nach preuß. Recht ist ein solcher Vertrag vor Eingehung der Ehe zulässig. §. 682, II, 1. L.-R.

B. Der Gegenstand des Vertrages muß der Dispositon der Contrahenten unterworfen sein.

Daher kann

a. über Handlungen eines Dritten[2]) weder nach röm. noch nach preuß. Recht mit der Wirkung paciscirt werden, daß dieser Dritte dadurch zur Vornahme der Handlungen verpflichtet würde. l. 38 § 1 D. 45, 1; §§ 40 sq. I, 5. L.-R. Den Promittenten selbst verpflichtet das Versprechen einer fremden Handlung nach preuß. Recht stets zur Anwendung von Mühe, um die versprochene Handlung des Dritten zu bewirken; §§ 40—44, I, 5. L.-R. Nach röm Recht ist er zur Anwendung dieser Mühe nur dann verbunden, wenn der Vertrag entweder ausdrücklich hierauf gerichtet ist, oder doch — was eine quaestio facti ist — so ausgelegt werden muß. § 3 J. 3, 19 (20); l. 38 § 24, l. 81 pr., l. 83 pr., l. 112 § 1 D. 45, 1.

Bleibt die angewandte Mühe ohne Erfolg, so muß Promittent nach röm. Recht alle Mal dem Andern das Interesse vergüten; l. 18 u. 19 D. 46, 8; l. 81 pr. D. 45, 1. Nach preuß. Recht ist er hierzu nur dann verpflichtet, wenn „aus dem Vertrage erhellet, daß er nicht blos seine Bemühungen anzuwenden, sondern wirklich für den Erfolg zu stehen übernommen habe." Erhellt Letzteres nicht, so ist der Promittent nach angewandter Mühe weiter zu nichts verpflichtet, kann aber auch nicht die Gegenleistung des Andern beanspruchen. Hat jedoch der Promittent keine Mühe angewendet oder ist er durch sein eigenes grobes oder mäßiges Versehen Schuld daran, daß die fremde Handlung unterblieben, so muß er den Andern entschädigen. §§ 41—45, I, 5. L.-R.

Ist dem Vertrage eine Conventionalstrafe für den Fall beigefügt worden, daß der Dritte die Handlung nicht vornehme, so ist der Promittent nach röm. u. preuß. Rechte zur Entrichtung der Conventionalstrafe verpflichtet, wenn die versprochene fremde Handlung unterblieben ist; § 21, J. 3, 19 (20); l. 38. §§ 2, 4 u. 13 D. 45, 1; §§ 45 u. 292, I, 5. L.-R.[3])

b. Auch über Sachen eines Dritten kann weder nach

---

[1]) Cf. v. Holzschuher Theorie Bd. 1 p. 496. Nr. 12.

[2]) Als Dritter kann jedoch nicht derjenige betrachtet werden, welcher durch einen der Contrahenten rechtlich repräsentirt wird oder mit ihm eine Person ausmacht.

Digitized by Google

röm. noch nach preuß. Recht mit der Wirkung contrahirt werden, daß der Dritte durch den Vertrag verpflichtet würde. [1])

Was die Wirkungen des über eine fremde Sache geschlossenen Vertrages in Beziehung auf die Contrahenten selbst anlangt, so sind hauptsächlich folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Der Vertrag ist unter der Bedingung des künftigen Erwerbes geschlossen; dann ist er völlig erlaubt und für die Parteien verbindlich; l. 1 pr., l. 15 § 1 D. 20, 1. [2]) Dasselbe gilt:

2) Wenn der Vertrag mit Einwilligung des Dritten geschlossen worden; l. 20 pr., l. 27 D. 13, 7; §§ 72 u. 79, I, 20. L.-R.

3) Wenn durch den Vertrag nur über das, was der eine Contrahent Eigenes an einer fremden Sache hat, disponirt wird; eine solche Disposition ist auch dem Dritten gegenüber zu Recht beständig; l. 1 u. 2 C. 8, 24 (23); l. 6 C. 4, 65; § 511, I, 20. L.-R.; sofern nicht etwa positive Gesetze sie verbieten; cf. z. B. §§ 309 u. 315, I, 21. L.-R.

4) Wenn keiner der bisher erwähnten Fälle vorliegt, so hängt die Wirksamkeit des über eine fremde Sache geschlossenen Vertrages unter den Contrahenten von der Natur des concreten Rechtsgeschäfts, häufig auch von der Wissenschaft der Parteien ab. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber kaum aufstellen. [3]) Auch die in §§ 46—50, I, 5. L.-R. enthaltenen Vorschriften passen nicht auf alle Arten der Verträge, z. B. nicht auf das Depositum (cf. §§ 68 u. 69, I, 14. L.-R.), und sind schon deshalb nicht erschöpfend.

c. Verträge über res extra commercium sind nach röm. Recht stets nichtig; [4]) l. 83 § 5 D. 45, 1; l. 34 §§ 1 u. 2 D. 18, 1; nach preuß. Recht erzeugen sie in der Regel eine bedingte Obligation; [5]) §§ 58—67, I, 5. L.-R.

d. Was Verträge anlangt, deren Gegenstand unmöglich ist, so ist zu unterscheiden zwischen einer objectiven und subjec-

---

[3]) v. Bangerow Pandecten Bd. 3 p. 295—299; Thibaut System (9. Ausg.) Bd. 1 § 387; Puchta Pandecten § 51; Mühlenbruch Pandecten Th. 2 § 333; Koch Lehrbuch Bd. 1 § 115; Recht der Ford. Bd. 2 p. 311—314; Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 2 § 137.

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 4 p. 620.

[2]) Ausdrückliche Bestimmungen hierüber enthält das L.-R. nicht.

[3]) Manche Rechtslehrer haben allerdings versucht, solche allgemeine Regeln aufzustellen. Vergl. z. B. Thibaut System Bd. 1 § 387. v. Holzschuher Theorie B. 2 Abth. 2 p. 621. Das Ungenügende dieser Versuche leuchtet von selbst ein.

[4]) Puchta Pandecten § 51; v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 271 Nr. 1.

[5]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 303 sq. Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 2 p. 235 sq.

Digitized by Google

tiven Unmöglichkeit. Erstere ist gegründet in der Natur der Handlung an sich, Letztere in den besondern persönlichen Verhältnissen des Schuldners. [1]) Ferner kann die Unmöglichkeit entweder eine absolute d. i. eine solche, welche eine bleibende Natur hat, oder eine hypothetische sein, d. i. eine solche, die gehoben werden kann. So gehört z. B. eine Heirath mit einer bereits verheiratheten Person nur zu den hypothetischen Unmöglichkeiten.

Die subjective Unmöglichkeit hat weder nach röm. noch nach preuß. Recht Einfluß auf die Gültigkeit des Vertrages. [2]) (Cf. l. 137 § 5 D. 45, 1.) Dagegen macht die objective und zwar absolute Unmöglichkeit nach beiden Rechten den Vertrag nichtig; § 1 J. 3, 19 (20); l. 35 pr. D. 45, 1; l. 185 D. 50, 17: „Impossibilium nulla obligatio est." § 51, I, 5. L.-R. Ob der Gegenstand des Vertrages unmöglich sei oder nicht, wird hier nach der Zeit des geschlossenen Vertrages beurtheilt; l. 144 § 1 D. 50, 17; l. 72 § 4 D. 46, 3; l. 137 § 6. D. 45, 1. Bei der hypothetischen objectiven Unmöglichkeit besteht nach röm. Recht der Vertrag, wenn er unter der Bedingung des Möglichwerdens geschlossen worden und nicht etwa diese Bedingung contra bonos mores ist. [3])

Das preuß. Recht enthält über die hypothetische objective Unmöglichkeit folgende Bestimmungen: Der Vertrag ist verbindlich, wenn die Unmöglichkeit bis zur bestimmten Erfüllungszeit aufhört. § 57, I, 5. L.-R. Wird die Unmöglichkeit aber nicht gehoben und war sie bei Abschluß des Vertrages beiden Theilen bekannt oder unbekannt, so ist der Vertrag nichtig; war sie nur dem Promittenten bekannt, so muß er den Andern vollständig entschädigen (der Vertrag ist also für den Promittenten verbindlich); war sie endlich nur dem Promissar bekannt, so ist der Vertrag zwar nichtig, doch soll das vom Promissar bereits gegebene Aequivalent als Schenkung angesehen werden. §§ 52—57, I, 5. L.-R.

Zu den Verträgen, deren Gegenstand objectiv absolut unmöglich ist, gehören offenbar auch diejenigen, welche das Geben einer individuell bestimmten Sache (species), die bei der Vertragsschließung bereits untergegangen war, zum Gegenstande haben, ferner die s. g. Hoffnungskäufe, bei deren Abschluß es schon feststand, daß das, was als Hoffnung verkauft wurde, nicht erfolgen werde. Die Bestimmungen, welche das Landrecht über diese beiden Arten unmöglicher Verträge enthält, (§§ 39—41 u.

---

[1]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 384.

[2]) v. Savigny a. a. O. p. 384 sq. Koch Recht der Forderungen Bd. 2 p. 300.

[3]) Puchta Pandecten § 220 Vorles. Bd. 2 p. 4 u. 5. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 17 Nr. 3. Unterholzner Schuldverhältnisse Bd. 1 p. 204.

Digitized by Google

§§ 534—536, I, 11. L.-R.) weichen jedoch zum Theil nicht nur von den allgemeinen Regeln über absolute, sondern auch von denen über hypothetische Unmöglichkeit ab. So würde z. B. ein Kaufvertrag über eine Sache, die bei Abschluß desselben nicht mehr vorhanden war, in dem Falle, wo dies dem Käufer allein bekannt war, nach den allgemeinen Regeln über absolute Unmöglichkeit (§ 51, I, 5. L.-R.) nichtig sein und nach den allgemeinen Regeln über hypothetische Unmöglichkeit (§ 55 l. c.) würde nur das vom Käufer bereits wirklich gezahlte Aequivalent als eine Schenkung anzusehen sein; nach § 41, I, 11. L.-R. aber soll das Geschäft in Ansehung nicht blos des schon gezahlten, sondern des ganzen versprochenen Kaufgeldes, falls keine andere erlaubte Absicht des Käufers mit Sicherheit auszumitteln ist, als Schenkung beurtheilt werden.

C. Der Gegenstand des Vertrages muß das Interesse der Parteien berühren. Daher ist

a. ein Vertrag, durch welchen man sich unmittelbar eine Leistung an einen Dritten bedingt, nach röm. Recht dergestalt ungültig, daß weder der Dritte noch auch der Promissar ein Recht aus dem Vertrage erwirbt; [1]) (l. 11 (10) D. 44, 7; l. 38 § 17 D. 45, 1; l. 73 § 4 D. 50, 17;) wenn nicht etwa durch die Leistung an den Dritten auch für den Promissar ein Vortheil begründet wird. In diesem Falle, (z. B. wenn sich der Vater eine Leistung an sein Hauskind versprechen läßt) erwirbt der Promissar allerdings ein Klagerecht; l. 38 §§ 20—23 D. 45, 1; § 20 Inst. 3, 19 (20); l. 39, D. 45, 1; ebenso dann, wenn sich der Promissar eine Conventionalstrafe bedungen hat; § 19 Inst. 3, 19 (20); l. 38 § 17 D. 45, 1. In folgenden Ausnahmefällen wird aber auch der Dritte selbst aus dem Vertrage berechtigt:

aa. Schon nach vorjustinian. Rechte konnte Jemand sich wirksam Etwas „für sich und seine Erben" versprechen lassen; l. 38 § 14 D. 45, 1; dagegen war ein Vertrag unwirksam, durch welchen der Promissar sich blos für den Erben etwas versprechen ließ; § 13 J. 3, 19 (20). Aber auch einen solchen Vertrag hat Justinian für gültig erklärt; l. 11 C. 8, 38.

bb. Wenn ein Ascendent eine Dos bestellt und die Rückgabe derselben an seine Tochter oder deren Kinder ausbedingt, so wird diesen eine utilis actio eingeräumt; l. 45 D. 24, 3; l. 7 C. 5, 14.

[1]) Die röm. Rechtsregel: obligatio tertio non contrahitur hat die doppelte Bedeutung, daß ein Dritter aus fremden Verträgen nicht verpflichtet wird und daß er eben so wenig aus denselben ein Klagerecht erlangt. — In Betreff der Verträge über den Vortheil eines Dritten vergl. v. Vangerow Pandecten Bd. 3 p. 289—295; Thibaut System (9. Ausg.) Bd. 1 § 388; v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 303—305.

Digitized by Google

cc. Wenn Jemand eine fremde Sache einem Andern zum Gebrauch oder zur Verwahrung übergiebt, und dabei ausbedingt, daß die Sache an den Eigenthümer restituirt werden soll, so darf dieser eine utilis actio commodati vel depositi gebrauchen; l. 8 C. 3, 42.

dd. Wenn der veräußernde Pfandgläubiger dem Schuldner das Recht der Wiedereinlösung vorbehalten, so hat dieser daraus eine actio in factum; l. 13 pr. D. 13, 7.

ee. Wenn einem Vertrage ein modus qualificatus beigefügt ist, so hat der begünstigte Dritte eine actio utilis auf Erfüllung des Modus; l. 3 C. 8, 55. Cf. pag. 195 dieses Buchs.

ff. Wenn Jemand im Namen eines Dritten ein Darlehn giebt oder eine Nichtschuld bezahlt, so kann der Dritte unmittelbar die condictio mutui oder indebiti anstellen; l. 2 § 4, l. 9 § 8 D. 12, 1; l. 47 D. 12, 6; l. 4 C. 4, 2.

gg. Wenn ein Hauskind sich für seinen Vater etwas versprechen läßt, so erlangt der Vater ebenfalls ein Klagerecht. § 4 Inst. 3, 19 (20).

Ob die röm. Rechtsregel, daß der Dritte aus dem zu seinem Vortheile geschlossenen Vertrage nicht klagen kann, noch jetzt im gemeinen Rechte Geltung habe, ist streitig, nach der richtigen Ansicht jedoch zu bejahen. [1])

Nach preuß. Recht sind die über den Vortheil eines Dritten geschlossenen Verträge zwar gültig, d. h. der Promissar erlangt immer ein Klagerecht aus ihnen, ohne daß er ein besonderes Interesse bei der geforderten Erfüllung zu beweisen braucht (§ 74, I, 5. L.-R. Präj. des Geh. Ober-Trib. 1571 v. 10. Mai 1845); der Dritte aber kann nur dann auf Erfüllung klagen, wenn er dem Vertrage mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist. § 75 sq. I, 5. L.-R. Wenn jedoch ein Vater in einem mit dem einen seiner Kinder geschlossenen Gutsüberlassungs-Vertrage einem andern Kinde eine Abfindung ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem die Abfindung einklagenden Kinde die Vorschrift des § 75, I, 5. L.-R. nicht entgegensetzen. [2]) Plen.-Beschl. des Geh. Ober-Trib. vom 25. Aug. 1846 (Präj. 1571. Präj.-S. p. 8).

Auch bedarf es des Beitrittes des durch den Vertrag begünstigten Dritten nicht, wenn derjenige Contrahent, welcher sich die Leistung an einen Dritten versprechen ließ, sein Recht, diese Leistung zu fordern, dem Dritten cedirt hat. Wenn daher der Veräußerer einer verpfändeten Sache seinen Anspruch aus dem Versprechen des

[1]) Cf. Thibaut System (8. Ausg.) Bd. 2 § 463 (9. Ausg.) Bd. 1 § 388.

[2]) Der Vater vertritt hier das Kind.

Digitized by Google

Erwerbers, für die Tilgung der Pfand- u. Hypothekenschulden persönlich zu haften, dem Gläubiger abgetreten hat, so ist dieser sich auch an die Person des Erwerbers zu halten berechtigt. § 3 der Decl. v. 31. März 1835 (G.-S. p. 42).

Mit einem Vertrage über den Vortheil eines Dritten ist der Fall nicht zu verwechseln, wo ein solutionis causa adjectus vorkommt, d. h. eine im Vertrage benannte dritte Person, welche zwar ganz außer dem ursprünglichen Obligationsnexus steht, an die aber nach dem ausdrücklichen Willen des Gläubigers wirksam Zahlung geleistet werden kann. Dieser solut. c. adj. ist natürlich nicht berechtigt, auf Zahlung zu klagen, sondern nur dieselbe in Empfang zu nehmen befugt, wenn der Schuldner an ihn zahlen will. Der Schuldner hat hier nämlich durch den Vertrag ein Wahlrecht, ob er lieber dem stipulator oder dem sol. caus. adj. zahlen will, erlangt und dieses Wahlrecht kann ihm der Gläubiger nicht mehr durch ein Verbot entziehen; § 4 Inst. 3, 19 (20); l. 16 pr. D. 46, 1; l. 59, l. 106 D. 46, 3; §§ 31—33, I, 16. L.-R.[1]) — Mit dem sol. c. adjectus ist wieder nicht zu verwechseln der im ältern röm. Recht vorkommende adstipulator. Dieser war zum Vertrage zugezogen und hatte als correus credendi dem Schuldner gegenüber alle Rechte des Gläubigers. Dagegen stand er dem eigentlichen Gläubiger gegenüber wie ein Mandatar da und der eigentliche Gläubiger hatte gegen ihn die actio aus dem 2ten Capitel der lex Aquilia. Gaj. III, 110—117, 215.[2])

b. Verträge, welche ohne jegliches Vermögens-Interesse für den Gläubiger sind, begründen nach röm. Recht keine obligatio;[3]) l. 8 § 6 D. 17, 1; l. 32. D. 19, 2; nach preuß. Recht ist dies nur bei solchen Verträgen der Fall, deren Erfüllung Niemanden einen Vortheil oder Nutzen gewähren kann; § 70, I, 5. L.-R.

D. Der Gegenstand des Vertrages darf nicht schlechthin unbestimmt oder durchaus in die Willkühr des zu Verpflichtenden gestellt sein.

Mit dem Falle völliger Unbestimmtheit stehen folgende Fälle unvollständiger Bestimmtheit auf gleicher Linie:[4])

a. wenn bei Verträgen, die auf das Geben fungibler Sachen gerichtet sind, die Quantität nicht bestimmt ist; z. B. wenn Jemand verspricht, Weizen zu geben, ohne zu sagen: wie viel; l. 94, l. 115 pr. D. 45, 1.

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 156 Nr. 1a.
[2]) v. Bangerow Pandecten Bd. 3 p. 172 sq. u. p. 559.
[3]) Doch reicht auch ein Affections-Interesse bisweilen hin, um dem Rechtsgeschäfte rechtliche Wirksamkeit zuzusichern. Puchta Pandecten § 220.
[4]) v. Savigny Obligationenrecht Bd. 1 p. 387.

Digitized by Google

b. wenn bei Verträgen, gerichtet auf ein Thun im eng. S., das seiner Natur nach an einen gewissen Ort gebunden ist, der Erfüllungsort nicht bestimmt ist; z. B. si quis insulam fieri stipuletur et locum non adjiciat, non valet stipulatio; l. 2 § 5 D. 13, 5.

Dagegen schadet es der Wirksamkeit des Vertrages nicht,

aa. wenn der Gegenstand mit Beziehung auf nicht in der Willkühr der Paciscenten stehende Zustände oder Begebenheiten bestimmt worden ist; l. 75 §§ 5 u. 6 D. 45, 1; l. 7 § 1, l. 8 § 1, l. 37 D. 18, 1; §§ 31, 47, 52 u. 53, I, 11 L.-R.

bb. wenn unter bestimmten Gegenständen die Wahl gelassen ist; ist nicht gesagt, wem die Wahl zustehen soll, so gebührt sie nach röm. u. preuß. Recht dem Schuldner. l. 25 pr., l. 34 § 6 D. 18, 1; l. 10 § 6 D. 23, 3; l. 93, 106, 138 § 1 D. 45, 1.[1]) § 274, I, 5. L.-R. Diese Regel, welche bei allen, nicht blos bei den aus Verträgen entstandenen, Alternativ-Obligationen gilt, erleidet jedoch im preuß. Recht folgende Ausnahmen:

a. Ist bei alternativ verkauften Sachen nicht zu ersehen, ob der Käufer oder Verkäufer die Wahl haben solle, so kommt dieselbe dem Käufer zu, § 38, I, 11. L.-R.

b. Sind die Mobilien von der Frau dem Manne nicht verkauft, sondern nur nach einem gewissen Anschlage eingebracht worden, so haben die Frau oder deren Erben die Wahl zwischen den Mobilien selbst und deren angeschlagenem Werthe. § 564, II, 1. L.-R.

c. Ist der Gutsunterthan zu Naturaldiensten oder zu Dienstgeld verpflichtet, so gebührt der Herrschaft die Wahl. § 424, II, 7. L.-R.

Das röm. Recht macht eine Ausnahme bei alternativ vermachten Sachen; hier hat der Legatar das Wahlrecht; § 22, Inst. 2, 20; l. 34 § 14, D. 30; nach preuß. Recht gebührt es regelrecht dem Erben. § 388, I, 12. L.-R. Nur dann, wenn vom Erblasser die Wahl einem Dritten übertragen worden, und dieser nicht wählen kann oder will, soll die Wahl dem Legatar zustehen; § 396 h. t. Cf. l. 3 § 1 C. 6, 43.

---

[1]) v. Bangerow Pandecten Bd. 3 p. 17. Die Frage, ob der, welcher von mehreren Sachen nur die eine oder die andere zu geben schuldig ist und aus Irrthum sie alle gegeben hat, bei der Rückforderung dem Empfänger die Wahl lassen müsse oder ob er selbst die Wahl habe, war unter den röm. Juristen streitig. Justinian entschied sich für die Theorie des Julian und Papinian, wonach dem, der die Sachen gegeben hat, die Wahl zustehen soll; l. 10 C. 4, 5. Das L.-R. dagegen giebt dem Empfänger des indebitum die Wahl. § 192, I, 16.

Digitized by Google

Ob nach röm. Recht der Wahlberechtigte ein jus variandi habe, ist sehr streitig.[1] — Nach preuß. Rechte ist die einmal getroffene Wahl keineswegs immer unabänderlich. So kann, wenn dem Gläubiger das Wahlrecht zusteht und dieser in der Klage davon Gebrauch gemacht, der Schuldner aber die Wahl noch nicht ausdrücklich genehmigt hat, der Gläubiger sein Petitum bis zum Schlusse der ersten Instanz ändern; auch kann er in der Executionsinstanz, falls der Schuldner nicht Genüge leistet, von der getroffenen Wahl immer wieder abgehen. § 21, I, 5; § 5a I, 10. A. G.-O. § 9 der V. v. 4. März 1834 (G.-S. p. 31). Der Schuldner verliert sein Wahlrecht in der Executions-Instanz; hier wählt der Gläubiger; § 9 der V. v. 4. März 1834. Die einmal getroffene Wahl ist im Uebrigen unwiderruflich, wenn sie von der Leistung begleitet oder durch bloße Willenserklärung in rechtsverbindlicher Form erfolgt ist. §§ 215, 315 u. 316, I, 5; § 400, I, 12. §§ 597 u. 623, I, 20. L.-R.[2]

Bei wiederkehrenden Leistungen kann nach röm. und preuß. Recht jedesmal von Neuem gewählt werden; l. 21 § 6 D. 19, 1; §§ 425 u. 426, II, 7. L.-R.

Endlich schadet es der Wirksamkeit des Vertrages nicht,

cc. wenn ein gewisser Dritter das, was der Promittent zu leisten hat, bestimmen soll und auch wirklich den Ausspruch thut; l. 15 C. 4, 38; l. 7. D. 18, 1; l. 43, 44, 141 § 1 D. 45, 1; §§ 72 u. 73, I, 5; §§ 48, 50, 51, I, 11. L.-R. Dieser Dritte wird „arbitrator" genannt.[3] Erfolgt ein unbilliger Ausspruch, so kann er nach röm. Recht, wenn der arbitrator den wahren Werth angeben sollte, wegen jeder, sonst aber nur wegen einer unmäßigen Verletzung durch eine s. g. reductio ad arbitrium boni viri angefochten werden. l. 78—80 D. 17, 2.[4]

Nach preuß. Recht ist eine Anfechtung des Ausspruchs des Dritten nicht einmal wegen Verletzung über die Hälfte gestattet; § 48, I, 11 L.-R. Nur dann, wenn einer oder der andere Theil

---

[1] Ein jus variandi nehmen u. A. an Puchta Pandecten sowie Vorles. § 221 u. v. Vangerow Pandecten Bd. 3 p. 18; dasselbe leugnen u. A. Mühlenbruch Lehrbuch Bd. 2 § 325 u. Thibaut System (8. Ausg.) § 81. Die entscheidendsten Stellen sind l. 106, 138 § 1 D. 45, 1; l. 84 § 9 D. 30; l. 112 pr. D. 45, 1.

[2] Koch Lehrbuch Bd. 2 § 455. Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 2 p. 304.

[3] Arbitrator ist nicht zu verwechseln mit arbiter d. i. ein von den Parteien gewählter Schiedsmann, dessen Ausspruch sie die Entscheidung eines Rechtsstreites unterwerfen oder ein vom Magistrat bestellter Richter oder Schiedsmann.

[4] Thibaut System (8. Ausg.) Bd. 2 § 458, 9. Ausg. Bd. 1 § 382.

Digitized by Google

den Dritten durch Betrug vermocht hat, den Ausspruch so und nicht anders zu thun, ist der Vertrag für nicht geschlossen zu achten und der Betrüger zur Leistung des Interesse verpflichtet. § 49 a. a. O.

III. In Ansehung der Form.

Der Vertrag muß die vorgeschriebene Form haben.

Das röm. Recht knüpft die Gültigkeit eines Vertrages nur in wenigen Fällen an eine bestimmte Form; wo dies aber geschieht, ist es meistens die gerichtliche. Letztere ist vorgeschrieben: a. für Schenkungen über 500 Solidi; l. 34—36, C. 8, 54; b. für Vergleiche über künftige Alimente; l. 8 pr. D. 2, 15; l. 8 C. 2, 4; c. für Interceſſionen der Frauen; l. 23 § 2 C. 4, 29; d. für Adoptionen; l. 2, 11 C. 8, 48; l. 2 pr. D. 1, 7. Schriftliche Form ist vorgeschrieben: a. für die pacta dotalia der personae illustres. Nov. 117 c. 4. u. b. für emphyteutische Verträge bei Kirchengütern stets (Nov. 120 c. 6 § 2) und bei weltlichen Emphyteusen dann, wenn etwas von den naturalibus negotii Abweichendes festgesetzt werden soll. l. 2, 3 u. 4 C. 4, 66.[1]) Das preuß. Recht kennt

1) eine schriftliche Form.

Die landrechtlichen Vorschriften über dieselbe beruhen auf der s. g. Constitution für das Fürstenthum Halberstadt v. 4. März 1718, dem Stempel-Edicte v. 13. Mai 1766 § 2 (N. C. C. Tom IV. p. 404) und vornämlich auf dem Edicte vom 8. Febr. 1770 (N. C. C. Tom IV. No. 19 p. 6669), welches verordnete, daß mit wenigen Ausnahmen alle Verträge, deren Gegenstand die Summe von 50 Thlr. überstieg, schriftlich abgefaßt oder als nicht abgeschlossen betrachtet werden und weder eine Klage noch eine Einrede hervorbringen sollten. Das L.-R. fordert schriftliche Form a. ebenfalls bei Verträgen, deren Gegenstand mehr als 50 Thlr. Silber-Courant beträgt;[2]) §§ 131 u. 136, I, 5, jedoch mit den in den §§ 137, 144, 145 u. 148, I, 5; § 727, I, 11; § 94, I, 20 u. § 268, I, 21 enthaltenen Ausnahmen; ohne Unterschied des Betrages aber b. bei Entsagungen und Verzichtleistungen; § 134, I, 5 (dies ist

---

[1]) v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 1 p. 378 Nr. 14.

[2]) Der Ducaten wird hier zu 3 Thlr. Silber-Courant und der Friedrichsd'or zu 5¼ Thlr. gerechnet (§ 132, I, 5), während bei Beantwortung der Frage, wieviel Stücke zurückzuzahlen sind, wenn das Schuldinstrument nur auf eine gewisse Summe in Golde ohne Bestimmung der Stücke lautet, der Ducaten zu 2¾ Thlr. und der Friedrichsd'or zu 5 Thlr. angeschlagen wird. § 784, I, 11. L.-R.

Digitized by Google

wegen § 387, I, 16. streitig); c. bei von beiden Seiten gewagten Geschäften; § 139, I, 5; d. bei Assecuranz- und Bodmerei-Verträgen; §§ 2064 u. 2390, II, 8; e. bei Verträgen über die Befrachtung eines ganzen Schiffes; § 1620, II, 8. L.-R. f. bei Ertheilung der Procura; § 500, II, 8. L.-R. g. bei Bestellung eines Erbschatzes; § 281, II, 1. L.-R. h. bei belohnenden Schenkungen; § 1173, I, 11. L.-R. i. bei Bürgschaften; § 203, I, 14; k. bei Expromissionen; § 400, I, 14; l. bei der Societät; § 170, I, 17; m. bei Zinsenstipulationen und solchen Verträgen, wodurch die Naturalien eines Darlehns abgeändert werden; § 729, I, 11; n. bei Verlagscontracten; § 998, I, 11; o. bei Dienstverträgen (mit Ausnahme der Gesinde-Miethsverträge); §§ 177, 188, II, 5; p. bei Wechseln; § 4 u. 96 der Allg. Deutsch. Wechselord. (cf. § 713, II, 8. L.-R.) q. bei Assignationen; §§ 258, I, 16; r. bei Cessionen von Forderungen, über welche eine briefliche Urkunde existirt; § 394, I, 11; s. bei Verpfändungen durch symbolische Uebergabe; §§ 271—273, I, 20; t. bei Pachtungen von Landgütern; § 401, I, 21; u. bei Verträgen über beständige persönliche Lasten und Pflichten; § 135, I, 5; dahin gehört auch der Lehnscontract; § 83, I, 18; v. bei Verträgen über Grundgerechtigkeiten; § 135, I, 5 sowie überhaupt bei Verträgen über Rechte auf eine unbewegliche Sache. Letzteres ist zwar nirgends ausdrücklich gesagt, folgt jedoch aus §§ 15—18, I, 10. L.-R. sowie aus §§ 61 und 62 Tit. 2 der Hyp.-Ord., nicht aber aus § 233, I, 21. L.-R., welcher sich nur auf das Commodat bezieht. —

Schriftlichen Verträgen werden gleichgestellt: a. Punctationen, welche das Wesentliche des Geschäfts und keinen Vorbehalt künftig noch zu treffender Abreden enthalten; §§ 120, 121 und 125, I, 5; b. Protocolle der Gerichte und Notare; § 126, I, 5; c. der Briefwechsel zwischen Abwesenden; §§ 142 u. 143, I, 5; d. die von dem Schuldner unterschriebene Waaren- oder Arbeitsrechnung; § 152, I, 5; e. ein von dem Gläubiger ausgestellter und von dem Schuldner angenommener Empfangsschein, aus dem sich die wesentlichen Bedingungen des mündlich geschlossenen Vertrages entnehmen lassen; §§ 95 u. 96, I, 20; f. das schriftliche Anerkenntniß eines mündlich geschlossenen Vertrages; § 185, I, 5; g. Assecuranzpolicen; § 2068, II, 8; h. Lotterie-Loose; §§ 554 u. 555, I, 11; i. Vermerke der Kaufleute in ihren ordentlich geführten Handlungsbüchern über creditirte Waaren; § 149, I, 5; §§ 596 u. 597, II, 8; k. Auszüge aus dem Journale des Mäklers über das durch ihn geschlossene Geschäft; §§ 2065, 2391 u. 1366 sq. II, 8. L.-R.

Damit ein Vertrag als schriftlich geschlossen gelte, ist erforderlich, daß derselbe von den Contrahenten eigenhändig un-

Digitized by Google

terzeichnet worden.[1]) §§ 116 und 118, I, 5. L.-R. Die in § 134, I, 10. A. G.-O. vorgeschriebene Norm des Diffessionseides darf nicht zu dem Glauben verleiten, als genüge es, wenn ein Dritter mit Wissen und Willen des Contrahenten den Namen desselben unter den Vertrag gesetzt hat. Jene Eidesnorm soll auch die Fälle umfassen, wo die produzirte Urkunde lediglich Beweismittel (z. B. ein bloßer Schuldschein über ein gegebenes Darlehn) ist und wo also die Urkunde dadurch, daß sie von dem Producten nicht selbst, wohl aber von einem Dritten mit jenes Wissen und Willen unterzeichnet worden, ihre Beweiskraft keineswegs verliert. Cf. Präj. des Geh. Ober-Trib. 2077 vom 14. Dec. 1848. Präj.-S. p. 9.

Nicht nöthig ist die Beidrückung der Siegel, die Beifügung von Ort und Datum oder sämmtlicher Namen, so wie der Gebrauch einer bestimmten Schrift oder bestimmter Schreibmaterialien. §§ 116—119, I, 5. L.-R. Ein Kaufcontract über ein Rittergut, mit Kreide auf die Stubenthür geschrieben, ist daher in rechtsverbindlicher Form geschlossen. Auch ist nicht erforderlich, daß beide Theile das nämliche Exemplar des Vertrages unterzeichnen, vielmehr kann jeder Theil ein besonderes Exemplar vollziehen und dem Andern aushändigen. Plen.-Beschl. des Geh. Ob.-Trib. (Präj. 512) v. 27. Aug. 1838. Präj.-S. p. 9.

Haben die Parteien bei einem Vertrage, welcher keine schriftliche Form erfordert, dennoch schriftliche Abschließung verabredet, so wird „vermuthet," daß nicht blos der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abschließung desselben abhängen solle; § 117, I, 5. L.-R.

Was die Folgen der verabsäumten schriftlichen Form anlangt, so muß unterschieden werden zwischen denjenigen Verträgen, welche ohne Unterschied des Betrages schriftliche Abschließung erfordern und solchen, die — wenn ihr Object nicht 50 Thlr. überstiege, — auch mündlich geschlossen werden könnten. Bei den Erstern hat die Verabsäumung der schriftlichen Form in der Regel Nichtigkeit zur Folge; (Ausnahmen siehe im § 165, I, 5; § 999, I, 11; §§ 269, 402 u. 405, I, 21. L.-R.). Bei den Letztern besteht der mündlich geschlossene Vertrag: a) wenn er von beiden Theilen bereits erfüllt ist, § 146, I, 5;[2]) oder, b) wenn er auch nur von dem einen Theile bereits vollständig erfüllt ist

[1]) Auch nach röm. Recht hat ein Vertrag, dessen schriftliche Abschließung von den Parteien beliebt worden, nicht anders und nicht eher Gültigkeit, als bis das Instrument vollendet und von beiden Theilen gehörig vollzogen worden. Pr. Inst. 3, 24; l. 17. C. 4, 21.

[2]) In diesem Falle ist auch der wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Contrahenten sowie wegen behaupteter Gewährsmängel von dem andern Contrahenten erhobene Anspruch auf Entschädigung statthaft. Präj. des Geh. Ob.-Trib. 693 v. 29 Mai 1839 u. 1645 v. 21. Nov. 1845.

Digitized by Google

und die geschehene Leistung entweder in einer Handlung oder doch in einer Sache besteht, die in dem frühern Zustande nicht mehr zurückgegeben werden kann, der Geber aber in der veränderten Gestalt nicht zurücknehmen will und für welche ein bestimmter Preis verabredet ist. §§ 156, 159 u. 165, I, 5. L.-R. Gehört die vertragsmäßig geleistete Handlung nicht zum Vermögensrechte (z. B. die Heirath), so muß schlechthin die versprochene Gegenleistung erfolgen, auch wenn sie ein Grundstück betrifft, (cf. Plen.-Beschl. des Geh. Ob.-Trib. (Präj. 1631) v. 7. Nov. 1845); andernfalls braucht nur der Werth der vertragsmäßigen Gegenleistung in Gelde gegeben zu werden. §§ 165, 166, I, 5; § 882, I, 11. L.-R. [1])

Ist die Vertragsurkunde verloren gegangen, so kann der Inhalt des Vertrages nach allgemeinen Grundsätzen bewiesen werden. § 169, I, 5. L.-R. § 122, I, 10. A.G.-O. Der Beweis ist darauf zu richten, daß die Urkunde vorhanden gewesen und daß sie den behaupteten Inhalt gehabt. Hat der Gegner den Verlust vorsätzlich verursacht, so soll derjenige Theil, welcher sich auf den Inhalt gründet, zur eidlichen Erhärtung seiner Angabe verstattet werden; § 120, I, 10. A.G.-O. Macht der Gegner die Vergleichung einer Behauptung mit der zu den Verhandlungen gehörigen Beweisurkunde durch vorsätzliche Beseitigung der Letztern unmöglich, so wird die schon aufgestellte Behauptung für richtig angenommen, so lange nicht das Gegentheil vollständig erwiesen ist. [2]) § 170, I, 5. L.-R.

2) eine gerichtliche Form.

Diese kann bestehen

A. in der gerichtlichen Anerkennung der Unterschrift einer Vertragsurkunde; diese Anerkennung schließt die eidliche Verläugnung der Unterschrift aus, ohne in andrer Hinsicht der Urkunde die Eigenschaft einer gerichtlichen zu geben; § 26, II, 3. A.G.-O. Sie dient also blos zur Beglaubigung.

B. in gerichtlicher Aufnahme oder Abschließung; sie besteht in der Erklärung des Vertrags ad protocollum des Richters [3]) und ist erforderlich: a) mit freier Wahl des Gerichts: 1) bei Schenkungsverträgen, (§ 1063, I, 11. L.-R.) mit

[1]) Koch Lehrbuch Bd. 2 p. 553.

[2]) v. Daniels Lehrbuch Bd. 1 p. 252.

[3]) Findet der Richter einen ihm schriftlich eingereichten Aufsatz, nachdem er dem Erklärenden vorgelesen und von demselben seinem Inhalte nach auf Grund dieser Vorlesung genehmigt worden, dem erklärten Willen entsprechend abgefaßt, so kann der Aufsatz statt vollständiger Niederschreibung der Verhandlungs-Urkunde beigefügt und mit derselben ausgefertigt werden. Präj. des Geh. Ob.-Trib. 1558 v. 5. Apr. 1845 (Präj.-S. p. 270).

Digitized by Google

Ausnahme der belohnenden Schenkungen (§ 1173 ibid.) 2) bei Erbverträgen; doch reicht auch gerichtliche Uebergabe derselben hin; § 621, I, 12. L.-R.) 3) bei Erbschaftsentsagungsverträgen, wenn derjenige, über dessen Erbschaft ein solcher Vertrag geschlossen wird, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist. (§ 653 u. 654, I, 12. L.-R.) 4) bei Vollmachten zum Rückempfang eines gerichtlich hinterlegten Testaments (§ 571, I, 12. L.-R. u. § 2 des Ges. v. 11. Juli 1845), 5) bei Verwandlung eines mindestens zweijährigen Zinsrückstandes in ein verzinsliches Capital (§§ 819 u. 820, I, 11. L.-R.), 6) bei Bürgschaften der Frauenspersonen (§§ 221 sq. I, 14. L.-R.), bei Expromissionen der Frauenspersonen (§ 407, I, 11. L.-R.), 8) bei Verträgen, durch welche in stehender Ehe die Frau sich zum Vortheile des Mannes zu etwas verbindet, wozu sie gesetzlich nicht verpflichtet ist (§§ 198—201, 272 u. 273, II, 1. L.-R.), 9) bei Verträgen über die Gütergemeinschaft unter Eheleuten (Ges. v. 20. Mrz. 1837; Ges.-S. p. 63; verb. mit § 356—358, II, 1. L.-R.; Anh. § 76 zu § 356 ibid.), 11) bei Verträgen, durch welche eine allgemeine Erwerbsgemeinschaft unter Nichteheleuten eingeführt wird (§§ 178 u. 179, I, 17. L.-R.), 11) bei den Verträgen der Blinden und Taubstummen (§ 171, I, 5. L.-R.), 12) bei der Bestellung eines Erbschatzes in Grundstücken oder Capitalien (§ 282, II, 1. L.-R.) b) mit Beschränkung auf den persönlichen Gerichtsstand: 1) bei Verträgen zwischen Eltern und Kindern, welche für Letztere eine Verkürzung im Pflichttheile bezwecken (§ 484, II, 2. L.-R.) u. 2) bei Einkindschaftsverträgen (§ 721, II, 2. L.-R. [1]).

C. in gerichtlicher Verlautbarung; sie hat den Zweck, eine Handlung gerichtskundig zu machen. Wird der Vertrag bei dem Gericht selbst aufgenommen, so bedarf es nur der Erklärung, das Protokoll solle zugleich zur Verlautbarung dienen. Ist die Handlung nicht von dem Gericht selbst aufgenommen, so bedarf es, wenn sie nicht schon öffentlichen Glauben hat, der Anerkennung und immer der wiederholten Genehmhaltung des Inhaltes. § 413 des Anh. z. A.G.-O. (zu § 3, II, 1); Circ. V. v. 19. Dec. 1799 (Amelang Archiv Bd. 3 p. 321); § 3, II, 1. A.G.-O. Die gerichtliche Verlautbarung ist jetzt nur noch erforderlich: 1) bei Verträgen über eine künftige Verjährung (§ 566, I, 9. L.-R.), 2) bei Familienstiftungen (§ 29, II, 4. L.-R.).

---

[1]) Abgesehen von Verträgen ist gerichtliche Form auch für folgende Rechtsgeschäfte vorgeschrieben: a) für Testamente und Codizille, jedoch mit mannigfachen Ausnahmen (§ 66, I, 12. L.-R.), b) für die Entlassung eines minderjährigen Sohnes aus der väterlichen Gewalt (§ 216, II, 2. L.-R.).

Digitized by Google

D. in gerichtlicher Bestätigung bald mit, bald ohne vorhergegangene causae cognitio. Sie ist vorgeschrieben: 1) für Verträge durch welche eine Pfandnutzung ohne Berechnung eingeräumt wird (§§ 227, I, 20. L.-R.), 2) für Adoptionsverträge (§ 667, II, 2. L.-R. [1]), 3) für Einkindschaftsverträge (§ 721, II, 2. L.-R.), 4) für Ehecontracte derjenigen, welche mit einander eine Ehe zur linken Hand eingehen wollen (§ 858, II, 1. L.-R.), 5) für die Errichtung von Familienstiftungen (§ 29, II, 4. L.-R.). Die gerichtliche Bestätigung setzt immer einen schriftlichen Vertrag voraus, falls er nicht etwa sogar gerichtlich oder notariell aufzunehmen ist. §§ 21 u. 22, II, 3. A. G.-O. §§ 200 sq. I, 5; §§ 846, 859, II, 1; § 666, II, 2; § 29, II, 4. L.-R. [2])

Früher war die gerichtliche Form noch für folgende Verträge vorgeschrieben: [3]) 1) für Erbschaftskäufe (§ 473, I, 11. L.-R.), 2) für Verkäufe künftiger Sachen, insofern der Kaufpreis 100 Thlr. übersteigt und nicht beide Theile Kaufleute sind (§§ 582 u. 583, I, 11. L.-R.), 3) für Auszugs- oder Altentheilsverträge (§ 603, I, 11. L.-R.), 4) für Vergleiche über künftige Verpflegungsgelder (§ 413, I, 16. L.-R., welcher hier sogar gerichtliche Bestätigung forderte).

Für die eben bezeichneten Verträge genügt jetzt die für Verträge im Allgemeinen vorgeschriebene Form — also die mündliche, wenn der Gegenstand 50 Thlr. nicht übersteigt, andernfalls die schriftliche, § 1 des Ges. v. 11 Juli 1845 (Ges.-S. p. 495 sq.),

5) für Vollmachten zur Erhebung von Geldern oder Sachen bei Gericht (§ 116, I, 13. L.-R.); hier genügt jetzt notarielle Form. § 2 des Gesetzes vom 11. Juli 1845. 6) für Dismembrations-Verträge, jedoch mit vielfachen Ausnahmen (§§ 2 u. 5 des Ges. v. 3. Jan. 1845; Ges.-S. p. 25; hier genügt jetzt schriftliche Form (§ 31 der V. v. 2. Jan. 1849; Ges.-S. p. 1 sq. Ges. v. 24. Febr. 1850, G.-S. p. 68). Ferner bedurfte es früher bei Verträgen über die Veräußerung von Grund-

[1]) Die Bestätigung einer Annahme an Kindes Statt gehört jetzt vor das ordentliche persönliche Gericht. § 14 der V. v. 2. Januar 1849.

[2]) Früher war gerichtliche Bestätigung auch für Verträge über die Gütergemeinschaft der Eheleute vorgeschrieben. § 76 des Anh. zu § 356, II, 1. L.-R. Diese Bestimmung ist aufgehoben durch § 3 d. Ges. v. 20. März 1837 (Ges.-S. p. 63).

[3]) Abgesehen von Verträgen war gerichtliche Form früher auch für folgende Rechtshandlungen vorgeschrieben: a) für die Einwilligung eines Dritten in die Versicherung auf sein Leben (§ 1973, II, 8. L.-R.) Jetzt genügt die für Contracte überhaupt vorgeschriebene Form (§ 1 lit. e des Ges. v. 11. Juli 1845), b) für Wechselproteste bei trockenen Wechseln (§ 1206, II, 8. L.-R.). Jetzt genügt für alle Wechselproteste notarielle Aufnahme. Art. 87 u. 98 Nr. 10 der Allg. deutsch. Wechsel-Ordnung.

Digitized by Google

stücken einer gerichtlichen oder notariellen Aufnahme (§§ 15 und 16, I, 10. L.-R.); jetzt genügt behufs Eintragung in's Hypothekenbuch notarielle oder gerichtliche Beglaubigung der Unterschriften (§§ 1 und 3 des Gesetzes v. 23. April 1821; Ges.-S. p. 43).

3) Eine notarielle Form.

Dieselbe besteht entweder in einer notariellen Anerkennung der Unterschriften und dient dann ebenfalls blos zur Beglaubigung, oder in notarieller Aufnahme. Letztere ist in der Art, daß die Contrahenten zwischen ihr und der gerichtlichen Aufnahme wählen können, für folgende Verträge vorgeschrieben: a. für die schriftlichen Verträge der Analphabeten und derer, welche der Sprache, worin der Vertrag abgefaßt werden soll, nicht mächtig sind, (§§ 172 sq. I, 5. L.-R.) b. für Vollmachten zur Erhebung von Sachen oder Geldern bei Gericht (cf. § 116, I, 13. L.-R. u. § 2 des Ges. v. 11. Juli 1845, Ges.-S. p. 495) c. für Ehegelöbnisse (§ 82, II, 1. L.-R.) d. für Verpfändungen der Stromschiffe (§§ 300 u. 301, I, 20. L.-R.) e. für Pachtverträge über Landgüter, wenn das verabredete jährliche Pachtgeld mindestens 200 Thlr. beträgt. (§ 403, I, 21. L.-R.) f. für die in den §§ 136 u. 137, II, 2. L.-R. gedachten Anerkenntnisse.

Formfreie Verträge

sind namentlich a. Verträge, deren Gegenstand nicht 50 Thlr. übersteigt, sofern sie nicht von der Art sind, daß sie ohne Rücksicht auf die Höhe des Werthes schriftliche oder eine andere Form erfordern; 2) Verwahrungs-Verträge (§§ 144 u. 145, I, 5. L.-R.) 3) Miethsverträge mit gemeinem Gesinde (§ 137, I, 5. L.-R.) 4) Darlehnsverträge (§ 727, I, 11. L.-R.) 5) Leihcontracte über bewegliche körperliche Sachen (§ 233, I, 21. L.-R.); 6) Verträge, wodurch bewegliche körperliche Sachen zum Faustpfande gegeben werden (§§ 94, I, 20. L.-R.), die ad 2—6 aufgeführten ohne Rücksicht auf die Höhe des Objects.

Von der Acceptation.

Die wichtigsten Grundsätze in Beziehung auf Acceptation sind folgende:

1) Es bedarf nach röm. und preuß. Recht keiner Acceptation der Acceptation, d. h. es ist zur Perfection eines Vertrages nicht erforderlich, daß die bejahende Erklärung desjenigen, dem eine Vertragsofferte gemacht wird, noch von dem An-

Digitized by Google

fragenden besonders acceptirt werde; „nam praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur.“ [1]) § 82, I, 5. L.-R.

2) Nach der Meinung vieler gemeinrechtlicher Schriftsteller kann für denjenigen, welchem während seiner Abwesenheit eine Vertragsofferte gemacht wird, jeder Dritte als negotiorum gestor mit der Wirkung acceptiren, daß der Promittent gebunden und der Vertrag durch die Ratihabition des Andern vollgültig wird.[2]) Dabei ist jedoch streitig, ob der Dritte so lange, als der Abwesende von dem Geschäfte noch nicht benachrichtigt worden, den Promittenten der Verbindlichkeit wieder entlassen könne oder nicht.

Das preuß. L.-R. hat den eben angeführten Grundsatz gänzlich verworfen (§§ 87 u. 88, I, 5); nur Schenkungen kann für den wegen Kindheit, Krankheit oder sonst wegen Mangels an Verstande zur Willensäußerung unfähigen Promissar jeder Dritte zum Besten desselben acceptiren. § 1060, I, 11. L.-R.[3])

3) Nach röm. und gemein. Recht kann der Promittent — solange der Andere noch nicht acceptirt hat, — allezeit wieder von seinem Anerbieten zurücktreten; das Versprechen ist aber für den Promittenten verbindlich, wenn vor erfolgtem Widerrufe des Anerbietens der Promissar die Offerte rechtzeitig, d. i. sobald er konnte oder doch innerhalb der ihm vom Promittenten gesetzten Frist, acceptirt hat. Unterläßt jedoch der Promissar, sich, sobald es angeht, oder innerhalb der gesetzten Frist, über die Offerte zu erklären, so ist seine spätere Acceptation wirkungslos. An sich also ist eine acceptatio ex intervallo sehr wohl zulässig; l. 1 § 1 D. 45, 1.[4]) Nach preuß. Recht darf der Anbietende bis zum Ablauf der von ihm selbst oder vom Gesetz bestimmten Frist, binnen welcher der Andere wirksam acceptiren kann, von seinem Anerbieten nicht zurücktreten. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist hört der Anbietende auf, an seine Offerte gebunden zu sein; eine später erfolgende Acceptation giebt daher dem Annehmenden keine Rechte gegen den Anbietenden, sondern erscheint als ein

---

[1]) Hugo Grotius de jure belli ac pacis, Lib. II, cap. XI. § 14.

[2]) Cf. Leyser Spec. 519 m. 4 Glück Comm. Bd. 4 p. 564; Struck Us. mod. I, 14 § 12.

[3]) Die von einem Dritten zum Besten eines Kindes acceptirte Schenkung ist kein Vertrag über den Vortheil eines Dritten (§ 74, I, 5. L.-R.); denn ein Vertrag der letztern Art setzt voraus, daß der Acceptirende für seine Person als Contrahent auftritt. § 1060, I, 11. L.-R. enthält daher wohl eine Ausnahme von § 88, I, 5, nicht aber von § 75, I, 5. L.-R.

[4]) Ueber diese ganze, sehr streitige Materie vergl. Unterholzner's Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. Herausgegeben von Puschke. Bd. 1 § 10. Puchta Pandecten u. Vorles. § 251. Mühlenbruch Pandecten Th. 2 § 331. Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 67 sq. Bornemann preuß. Civilrecht Bd. 2 § 140. v. Holzschuher Theorie Bd. 2 Abth. 2 p. 257 sq.

Digitized by Google

neues Anerbieten, welches die Annahme des ursprünglich Antragenden erfordert. §§ 90 sq. I, 5. L.-R.

4) Die Acceptation muß nach röm. und preuß. Recht unbedingt erfolgen.[1]) §§ 84 u. 85, I, 5. L.-R.

Bloße vorläufige Verhandlungen über einen abzuschließenden Vertrag heißen Tractate und haben keine bindende Kraft. Sie sind jedoch nicht zu verwechseln mit s. g. präparatorischen Verträgen z. B. dem pactum de mutuo dando.

---

[1]) Koch Recht der Ford. Bd. 2 p. 64.

Verbesserungen und Zusätze.

1) Zu pag. 39: „Eine unter der Herrschaft des alten Rechts angefangene, aber nicht vollendete Verjährung wird von den Bestimmungen des neuen Rechts allerdings affizirt." Was den Anfang betrifft, so soll dieser nach der Praxis des Ob.-Trib. (Präj. 926 und Präj. v. 10. Sept. 1849 (Entsch. Bd. 18 p. 137) nicht unter dem Einflusse des neuen Gesetzes stehen und die Frage: ob die Verjährung gültig begonnen habe, nach dem alten Gesetze zu entscheiden sein. Koch vertheidigt jedoch in seinem neuesten Werk: „Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten, mit Kommentar in Anmerkungen; Berlin 1852" Bd. 1 pag. 14 die entgegengesetzte Meinung, weil der Anfang der Verjährung keine selbstständige juristische Thatsache sei. — Daß die Unterbrechung, Fortsetzung und Vollendung der Verjährung sich lediglich nach dem neuen Gesetze richtet und zwar unbedingt, wenn das neue Gesetz eine längere Verjährungsfrist als das alte vorschreibt, wird sowohl von Koch a. a. O. als auch von v. Savigny (System Bd. 8 p. 429 sq.) anerkannt, nicht so vom Ob.-Trib., welches in dem Präj. 2210 v. 15. Febr. 1850 (Entsch. Bd. 19 p. 260) angenommen hat, daß eine durch das neue Gesetz eingeführte längere Verjährung nicht Anwendung finde, wenn die kürzere Verjährung nach dem alten Gesetze schon angefangen habe. Eine Kritik der Gründe des Ob.-Trib. siehe bei Koch a. a. O. p. 19. Anm. 37.

2) Zu pag. 39: „Regelrecht unterliegt auch die testamentarische Erbfolge den Bestimmungen des neuen Gesetzes, wenn der Erbanfall in die Periode desselben trifft, mag immerhin das Testament schon unter dem älteren Gesetze errichtet sein." Dieser Satz ist sehr bestritten. v. Savigny (System Bd. 8 p. 447 sq.) und Koch (Allg. L.-R. Bd. 1 p. 14) nehmen an: a. die Form der Testamente richtet sich nach den Gesetzen zur Zeit der Errichtung: doch genügt es nach preuß. Recht, wenn die von dem neuen Gesetz vorgeschriebene Form angetroffen wird. § 17 Einl. z. L.-R. b. Der Inhalt wird lediglich nach der Zeit des Todes beurtheilt. c. Die persönliche Fähigkeit des Testators in Beziehung auf dessen Rechtsverhältnisse (juristische Fähigkeit) muß nach röm. Recht zur Zeit der Testaments-Errichtung und des

Digitized by Google

Todes vorhanden gewesen sein. Das Testament ist daher ungültig, wenn die Fähigkeit nach dem zur Zeit der Errichtung oder zur Zeit des Todes geltenden Gesetze nicht vorhanden war. Nach preuß. Recht wird jene Fähigkeit nur nach den Gesetzen zur Zeit der Testamentserrichtung beurtheilt; doch genügt es, wenn sie später vorhanden war, ebenso wie es schadet, wenn sie später zur Strafe einer gesetzwidrigen Handlung entzogen worden. §§ 13 u. 14, I, 12. L.-R. Cf. § 73 des Strafges. Buchs. d. Die persönliche Fähigkeit des Honorirten ist lediglich nach dem zur Todeszeit geltenden Gesetze zu beurtheilen. Cf. § 43, I, 12. L.-R.

3) Zu pag. 40: „Ist ein nach dem alten Rechte Großjähriger bei Publication des neuen Gesetzes, welches als Großjährigkeitstermin das vollendete 24ste Lebensjahr bestimmt, erst 22 Jahr alt, so wird er durch das neue Gesetz (freilich unbeschadet der Gültigkeit der bereits von ihm vorgenommenen Handlungen) in die Minderjährigkeit zurückversetzt." Dieser Grundsatz ist ebenfalls bestritten. v. Savigny (System Bd. 8 p. 386 u. 415) u. Koch (Allg. L.-R. Bd. 1 p. 19) nehmen an, daß der nach dem alten Recht bereits Großjährige nicht wieder in die Minderjährigkeit zurückversetzt werde, weil für ihn die Volljährigkeit bereits ein persönlich erworbenes Recht geworden sei.

Zu den pag. 41 und 42 aufgezählten Ausnahmen ist nachzutragen, was v. Savigny (System Bd. 8 p. 514) lehrt: Für Gesetze, welche das Dasein der Rechte betreffen, d. h. entweder ein bisher geltendes Rechts-Institut (z. B. die Leibeigenschaft) gänzlich aufheben oder in seiner Natur wesentlich umändern (z. B. unablösliche Zehnten in ablösliche Rechte verwandeln), findet der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Anwendung. Derselbe gilt vielmehr nur für Gesetze, welche den Erwerb der Rechte zum Gegenstande haben. — Diese Lehre hat auch Koch a. a. O. adoptirt.

5) Zu pag. 47 Nr. 1: „Verträge so wie Testamente sind formell gültig, wenn sie in Ansehung der Form den Gesetzen des Orts ihrer Errichtung entsprechen." Die Gültigkeit dieser gemeinrechtlichen Regel in Folge eines allgemeinen Gewohnheitsrechts bezeugt auch v. Savigny (System Bd. 8 p. 348—357; welcher zugleich ihre Anwendbarkeit nach preuß. Recht selbst bei Testamenten vertheidigt (a. a. O. p. 365—367). Koch hält in seinem Allg. L.-R. Bd. 1 p. 48 u. 49 an seiner entgegengesetzten Meinung fest.

6) Zu pag. 48 Nr. 2a: v. Savigny (System Bd. 8 p. 209 sq.) und mit ihm Koch (Allg. L.-R. Bd. 1 p. 44) giebt dem Erfüllungsort den Vorzug. —

7) Zu pag. 49 Nr. 3: Die hier vorgetragenen gemeinrechtlichen Grundsätze billigt auch v. Savigny (System Bd. 8 p. 327—334), ebenso wie er sich im Allgemeinen mit den p. 51 Nr. 6 u. 7 gegebenen Regeln einverstanden zeigt. (System Bd. 8 p. 295—324 u. p. 169—200).

8) Zu pag. 50 Nr. 4. „In Beziehung auf das Vorhandensein einer Eigenschaft an sich wird der Fremde — sofern die einheimischen Gesetze überhaupt eine solche Eigenschaft anerkennen — nach den Gesetzen seines Wohnorts beurtheilt. Welche Wirkungen aber jener Eigenschaft beizulegen sind, ist streitig." Gegen diese Unterscheidung zwischen den „Eigenschaften an sich" und „deren Wirkungen" erklärt sich v. Savigny (System Bd. 8 p. 134—168) weil es an einem innern Grunde fehle, eine solche Grenze zu ziehen, und formulirt den gemeinrechtlichen Grundsatz dahin: Die Rechts- und Handlungsfähigkeit eines Jeden, und zwar nicht blos die Handlungsfähigkeit im Allgemeinen, sondern auch die besondre Fähigkeit zu gewissen Rechtshandlungen ist nach den Gesetzen des (letzten) Wohnsitzes zu beurtheilen. —

Digitized by Google

Für das preuß. Recht ist diese Regel mit der im § 35 der Einl. z. L.-R. enthaltenen Modification unzweifelhaft richtig; denn § 23 der Einl. z. L.-R. spricht nicht blos von „persönlichen Eigenschaften," sondern auch von „Befugnissen" und ist daher auch auf die rechtlichen Wirkungen der Eigenschaften zu beziehen. Cf. Koch Allgem. L.-R. Bd. 1 p. 36.

9) Zu pag. 52 Nr. 8. „Die civilrechtlichen Folgen der Delicte hat der Richter nach den Gesetzen seines Staates zu beurtheilen." Anderer Meinung ist v. Savigny (System Bd. 8 p. 239 u. 240), welcher die Gesetze des Ortes, wo das Delict begangen ist, zur Anwendung gebracht wissen will.

10) Zu pag. 71 Zeile 2 von oben ist hinter § 243, I, 14 L.-R. noch hinzuzufügen: § 411, I, 14; §§ 1065 u. 1066, I, 11 L.-R.

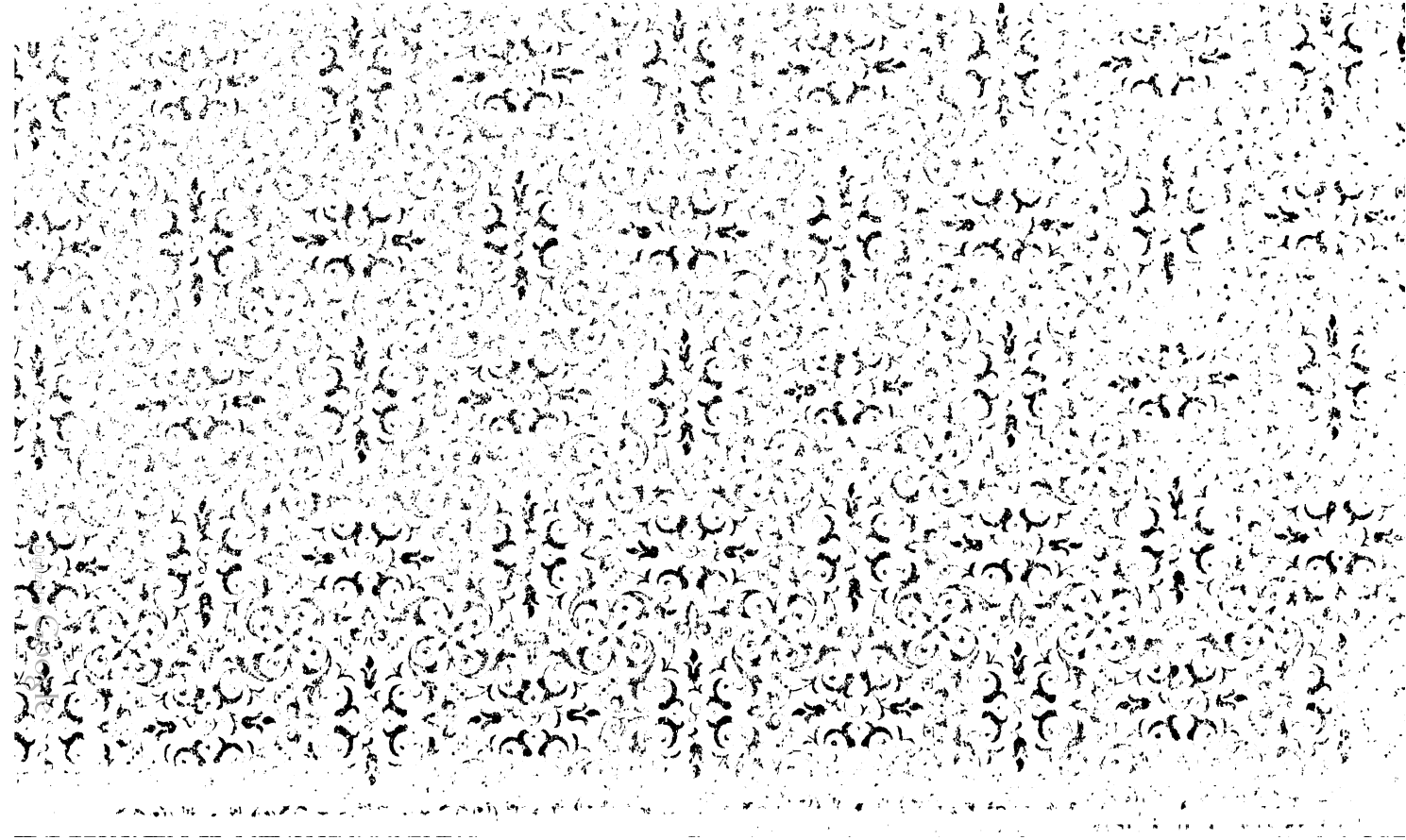
11) Zu pag. 74: „Das neue Strafgesetzbuch kennt die unerlaubte Selbsthülfe als ein selbstständiges Verbrechen nicht mehr." Sie kann — wie Koch Allgem. L.-R. Bd. 1 p. 67 Note 87 bemerkt — nur als widerrechtliches Eindringen in fremdes Besitzthum, oder als Beschädigung, oder als Entwendung verfolgt werden, wobei denn der Entschuldigungsgrund, welchen § 78 der Einl. z. L.-R. anerkennt, auch noch im heutigen Recht zur Anwendung kommt.

12) Zu pag. 76: „Der Ausspruch des röm. Rechts: Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet, ist wörtlich in das preuß. Recht übergegangen." Er erleidet hier jedoch eine Modifikation durch den Glauben des Hypotheken-Buchs: der eingetragene Besitzer kann Rechte an der Sache auf Andere übertragen, die er selbst nicht hat. Cf. §§ 8 u. 9, I, 10; § 410, I, 20. A. L.-R.

13) Pag. 151 Zeile 4 von oben ist statt „Affectation" zu lesen: „Affection".

14) Pag. 201 Zeile 13 von oben ist vor „facultas alternativa" einzuschalten: „eben erwähnten". Eine fac. alt. kommt auch in § 2301, II, 8. L.-R. vor, so wie im röm. Recht bei den Noxalklagen.

Druck von A. Bahn & Comp. in Berlin, Schleuse 4.

Digitized by Google

Digitized by Google